



UNIVERSITÀ
DEGLI STUDI
FIRENZE

FLORE

Repository istituzionale dell'Università degli Studi di Firenze

La rilevanza della filiazione non genetica.

Questa è la Versione finale referata (Post print/Accepted manuscript) della seguente pubblicazione:

Original Citation:

La rilevanza della filiazione non genetica / Antonio Gorgoni. - In: PERSONA E MERCATO. - ISSN 2239-8570. - STAMPA. - 3:(2017), pp. 153-186.

Availability:

This version is available at: 2158/1112680 since: 2018-02-21T10:18:53Z

Terms of use:

Open Access

La pubblicazione è resa disponibile sotto le norme e i termini della licenza di deposito, secondo quanto stabilito dalla Policy per l'accesso aperto dell'Università degli Studi di Firenze (<https://www.sba.unifi.it/upload/policy-oa-2016-1.pdf>)

Publisher copyright claim:

(Article begins on next page)

LA RILEVANZA DELLA FILIAZIONE NON GENETICA

Di Antonio Gorgoni

| 153

SOMMARIO: 1. *Dal favor veritatis alla rilevanza della filiazione non genetica.* - 2. *Il diritto alla continuità delle relazioni affettive: il quadro normativo e giurisprudenziale.* - 3. *L'adozione in casi particolari del figlio del partner: l'evoluzione dell'istituto.* - 4. *La filiazione di fatto nella crisi della convivenza more uxorio e la responsabilità genitoriale* - 5. *Surrogazione di maternità, ordine pubblico e diritto del figlio alla conservazione dello status filiationis.* - 6. *Adozione omosessuale piena disposta in un altro paese, adozione internazionale e riconoscimento in Italia.* - 7. *Lo scambio di embrioni tra verità legale e verità biologica.* - 8. *Morte del figlio e risarcimento dei danni al genitore sociale.* 9. *Dalla famiglia fondata sul matrimonio e sullo stato di figlio alla vita familiare: i parametri legali del rapporto di filiazione non genetico.*

ABSTRACT. *Recenti interventi legislativi e giurisprudenziali mostrano come, in tema di filiazione, accanto al favor veritatis vi sia la rilevanza giuridica del legame affettivo tra l'adulto e il minore. Tale rilevanza prescinde dall'orientamento sessuale di chi, di fatto, si sia comportato come fosse genitore. Si impone, perciò, una ricostruzione dell'ordine pubblico della filiazione, in cui emerge soprattutto la non assolutezza dei principi della derivazione biologica con il nato e della eterosessualità dei genitori. Dalla complessità del fondamento della filiazione derivano alcuni corollari in tema di adozione omosessuale, interna ed estera, di tutela del diritto alla continuità affettiva del minore e del genitore sociale.*

Recent legislative and jurisprudential measures show that, on the subject of filiation, besides favor veritatis, there is the juridical relevance of the affective bond between the adult and the child. Such relevance does not depend on the sexual orientation of who, in fact, behaved as if it were a parent. It therefore imposes a reconstruction of the public order of filiation, in which emerges above all the non-absoluteness of the principles of biological derivation with the birth and heterosexuality of parents. From the complexity of the foundation of the filiation derive some corollaries regarding the homosexual adoption, both internal and external, to protect the right to affective continuity of the child and the social parent.



1. Dal *favor veritatis* alla rilevanza della filiazione non genetica.

| 154

Tradizionalmente il fondamento dello stato di figlio è riposto nel legame genetico con i genitori. Oggi, tuttavia, sempre di più, come si vedrà in queste pagine, è il legame sorto nel tempo tra l'adulto che non abbia generato ed il figlio del partner, del coniuge o del soggetto in unione civile a giustificare la costituzione o la conservazione dello stato di figlio, ovvero il mantenimento del rapporto affettivo consolidatosi¹.

Per apprezzare più compiutamente la cifra nuova della filiazione, consistente nell'arricchimento del fondamento della filiazione, con conseguente riconfigurazione del relativo ordine pubblico, è bene muovere da ciò che è più noto. L'atto di nascita, elemento formale dello *status filiationis*, è regolarmente formato in quanto postula la generazione. Diversamente, se il generato non discende dal generante e ciò nonostante sia stato formato un atto di nascita non conforme al vero, le azioni di stato consentono la rimozione della filiazione illegittimamente costituita (artt. 243-bis e 263 c.c.).

La Costituzione, all'art. 30 co. 1, dà rilievo alla discendenza di sangue e collega l'esistenza dei doveri e dei diritti dei genitori non già allo stato di figlio bensì alla nascita. Si è inteso così garantire il neonato, il quale beneficia della protezione dei genitori, mediante l'acquisizione, in ragione soltanto della nascita, di taluni diritti che tuttavia non possono essere esercitati ove lo stato non «consti legalmente, sia cioè documentato»². L'ordinamento, quindi, attrae un fatto - la nascita - nella dimensione giuridica, la cui pienezza dipende dalla formazione dell'atto di nascita formato dalla pubblica amministrazione o, in alternativa, dal possesso continuo dello stato di figlio (art. 236 c.c.)³.

¹ Attenti a questi aspetti che dimostrano come l'interesse del minore non coincida necessariamente, secondo una valutazione *a propri*, con la verità biologica: G. RECINTO, *Le genitorialità. Dai genitori ai figli e ritorno*, Napoli, 2016, 79 ss.; M. PORCELLI, *Accertamento della filiazione e interesse del minore*, Napoli, 2016, 105 ss. e I. A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni e le modalità di formazione della status di figlio: il caso emblematico dell'ospedale Pertini*, in *Europa e dir. priv.*, 2017, 1, 299 ss.

² A. CICU, *La filiazione*, Torino, 1951, 2.

³ C. M. BIANCA, *La famiglia*, Milano, 2014, 359 ss., afferma che solo la costituzione dello stato di figlio consente «l'esercizio dei diritti connessi alla posizione di figlio», sebbene i doveri genitoriali sorgano con la nascita. Tant'è che in caso di dichiarazione giudiziale di paternità, il mantenimento non corrisposto è calcolato dalla nascita e non dalla pronuncia sullo stato.

Se si esce dalla generazione, la fattispecie legale classica in cui la filiazione prescinde dal *vinculum sanguinis* è l'adozione. Questa, com'è noto, consente al minore in stato di abbandono di avere una nuova famiglia. Si tratta, però, di una misura eccezionale, che opera soltanto qualora dovesse emergere, all'esito di un rafforzato rigore accertativo, l'inattuabilità del diritto del figlio di crescere nell'ambito della «propria» famiglia di origine (art. 1 l. n. 184/1983)⁴. La legge n. 184/1983 è costruita, infatti, in attuazione dell'art. 30, coo. 1 e 2 Cost., sul principio di graduazione delle misure protettive, in forza del quale si privilegiano gli interventi di sostegno e aiuto alla famiglia originaria (art. 1 l. n. 184/1983), l'istituto dell'affidamento familiare (artt. 2 ss.)⁵ e la disponibilità dei parenti fino al quarto grado che abbiano mantenuto rapporti significativi con il minore di occuparsene [(artt. 15, co. 1, lett. a) e b), 11, 12 e 13]⁶.

⁴ Cass., 14.4.2016, n. 7391, in *Fam. e dir.*, 2016, 7, 704 ss. Cfr. anche Cass., 13.1.2017, n. 782, in www.cassazione.net, in cui si afferma che lo stato di abbandono (art. 8 l. n. 184/1983), presupposto della dichiarazione di adottabilità, deve essere accertato in modo particolarmente rigoroso, altrimenti si rischia di ledere il diritto del minore di essere educato nell'ambito della propria famiglia (art. 1 l. n. 184/1983). Ciò comporta, da un lato, con riguardo ai genitori, le necessità di un attento esame delle relazioni degli assistenti sociali sull'attuale capacità genitoriale. Dall'altro che l'inidoneità della rete parentale ad assicurare l'accudimento del minore non possa essere ancorata a rilievi apodittici. La Suprema Corte, nella pronuncia *de qua*, ribadisce il principio cardine secondo cui «la dichiarazione di adottabilità di un minore rappresenta pur sempre, all'esito di una valutazione necessariamente attualizzata, l'*extrema ratio*».

⁵ A. GIUSTI, *L'adozione dei minori di età*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Torino, 2016, vol. IV, 3825 ss. In giurisprudenza cfr. di recente Cass., 14.4.2016, n. 7391, in www.cassazione.net, che ha cassato la pronuncia della Corte d'appello in quanto questa ha agganciato la dichiarazione di adottabilità esclusivamente al disturbo psichico del padre. Ciò non è sufficiente, poiché il giudice, al fine di non ledere il diritto del minore «di crescere ed essere educato nell'ambito della propria famiglia», deve accertare la capacità genitoriale in concreto, cioè l'esistenza di comportamenti pregiudizievoli per la crescita equilibrata e serena dei figli. Quand'anche vi siano state siffatte condotte, il giudice può dichiarare lo stato di adottabilità «solo quando ogni altro rimedio [diverso dall'adozione] appaia inadeguato rispetto all'esigenza dell'acquisto e del recupero di uno stabile e adeguato contesto familiare» (cfr. in senso conforme Cass., 20.1.2015, n. 881, in *Leggi d'Italia on line*). Insomma lo stato di abbandono non è desumibile da dati di fatto di cui non siano state apprezzate le ricadute concrete sulla capacità educativa del genitore.

⁶ L'ordinamento, quindi, attribuisce rilevanza alla famiglia estesa nella linea di parentela fino al quarto grado. Si preferisce che il minore, a tutela della propria identità, cresca nella consapevolezza delle proprie origini, salvaguardando la relazione in atto con soggetti diversi dai genitori pur sempre parenti, piuttosto che eliminare ogni legame con la propria storia genetica e familiare attraverso l'adozione (art. 27, co. 3, l. n. 184/1983). Questa disposizione, che prevede una causa impeditiva della dichiarazione dello stato di adottabilità (art. 11,



Ma preme rilevare come l'ordinamento giuridico, quanto alle fattispecie di filiazione non genetica, sia andato ben oltre l'adozione piena, legata all'abbandono e alla conseguente necessità di individuare un'altra famiglia. La giurisprudenza, ad esempio, ha ammesso l'adozione in casi particolari del figlio del *partner* (su cui *infra*) da parte del compagno omosessuale che si sia comportato come fosse genitore (qui non vi è alcuna situazione di abbandono)⁷. Inoltre è stata disposta la trascrivibilità della sentenza di adozione piena omosessuale pronunciata validamente all'estero⁸, come pure dell'atto di nascita regolarmente formato in un altro Paese, laddove vi sia stato l'utilizzo di una tecnica di procreazione medicalmente assistita vietata in Italia⁹.

Ancora: la giurisprudenza¹⁰ ha valorizzato, con riguardo alla crisi della convivenza *more uxorio*, il

co.1, l. n. 184/1983), dà rilievo a due elementi: la tenuta della famiglia allargata d'origine, nonostante la grave patologia della responsabilità genitoriale, e - ciò su cui si tornerà - la rilevanza del legame significativo tra il minore e un adulto diverso dal genitore.

⁷ Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con note di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*, in *Fam. e dir.*, 2016, 11, 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*. I tribunali di merito si erano già più volte pronunciati analogamente alla Suprema Corte. Cfr.: Trib. per i minorenni di Roma, n. 299/2014; Trib. per i minorenni di Roma, n. 4580/2015; Trib. per i minorenni di Roma, 30.12.2015, e più di recente Trib. per i minorenni di Roma, 2016 (giorno e mese non sono leggibili), tutte in www.cassazione.net. *Contra* Trib. per i minorenni, 13.9/17.10.2016, n. 261, in *Guida al dir.*, 2017, 5, 28 ss.

⁸ Corte d'App. Milano, sez. persone, minori, famiglia, 16.10.2015, in www.ilcaso.it e in *Fam. e dir.*, 2016, 3, 271 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione, avvenuta all'estero, del figlio del partner di una coppia omosessuale*. Cfr. anche Corte d'Appello di Napoli, ord. 30.3.2016, in www.centrostudilivatinio.it, la quale, con riguardo a una coppia di donne sposate, ciascuna madre di una bambina, riconosce l'efficacia in Italia di due sentenze del *Tribunal de Grande Instance de Lille* ciascuna delle quali, dispone l'*adoption plénière* del figlio dell'altro coniuge.

⁹ Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Corr. giur.*, 2017, 2, 181 ss., con nota di G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*; Corte d'App. Milano, decr. 28.10.2016, n. 3990, in *Guida al dir.*, 2017, 13, 62 ss.; Corte App. di Trento, ord. 2-23.2. 2017, in *Guida al dir.*, 2017, 13, 52 ss.

¹⁰ Trib. Palermo, decr. 6.4.2015, in *Fam. e dir.*, 2016, 1, 40 ss., con nota di A. ARDISSONE, *La convivenza omosessuale e il ruolo del genitore sociale in caso di PMA*; Corte App. Palermo, ord. 31.8.2015, in *Leggi d'Italia on line* (ivi testo integrale dell'ordinanza) non condivide la soluzione del giudice di prime cure, pur ritenendo giuridicamente rilevante l'interesse del minore fatto valere in giudizio. La Corte, ritenendo

legame affettivo creatosi tra il *partner*, divenuto genitore di fatto, e il figlio del convivente. Questa esigenza di salvaguardia si pone qualora, cessata la vita in comune, il genitore giuridico precluda la frequentazione tra il proprio figlio e l'ex compagno (sul punto *amplius infra* § 4).

Il tema che viene in rilievo è, dunque, quello della rilevanza giuridica del legame di filiazione non biologico e più ampiamente del fondamento della filiazione. Per svolgerlo occorre muovere, secondo una metodologia oggi imprescindibile, dall'evoluzione del dato normativo e giurisprudenziale nella cornice del diritto europeo, incessantemente condizionato dall'irrompere dei fatti¹¹. Si delinea, come si cercherà di dimostrare, un nuovo sistema o ordine pubblico della filiazione, che non assegna più assoluta centralità alla generazione (o biologicità) e neppure all'eterosessualità delle figure genitoriali.

Che sia possibile una tale rilettura dell'assiologia costituzionale della filiazione, dei suoi caposaldi, è contestato fermamente da alcuni autori¹². Tuttavia vi sono dati ordinamentali apparsi progressivamente quali frutti sempre più maturi, da un lato, della lenta e inesorabile emersione di nuove strutture familiari, dall'altro, della forza applicativa dei diritti fondamentali, il cui contenuto si arricchisce per effetto della pressione dei fatti. Ma i fatti, per assurgere alla dimensione della giuridicità, devono saldarsi ragionevolmente con l'ordinamento¹³.

inapplicabile al caso concreto l'art. 337-ter, co. 1, c.c., solleva la questione di legittimità costituzionale di tale articolo. La Corte cost., sent. n. 225/2016, in *Guida al dir.*, 2016, 45, 67 ss., pur dichiarando non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c. con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. [quest'ultimo con riguardo all'art. 8 (Cedu)], «nella parte in cui [...] non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico», riconosce comunque, come si vedrà meglio in seguito, rilevanza al legame di filiazione di fatto.

¹¹ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi* (parte prima), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 1043 ss. (ma cfr. pag. 1 ss. nella versione in *Leggi d'Italia on line*), coglie lo stretto e mobile legale che intercorre tra «il dover-essere reale espresso dalla formazione-famiglia e il dover-essere legale [in] reciproca interdipendenza e mutuo condizionamento».

¹² F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 1447 ss.; A. NICOLUSSI, *La filiazione e le sue forme: la prospettiva giuridica*, in *Allargare lo spazio familiare: adozione e affido*, a cura di E. Scabini e G. Rossi, Milano, 2014, 3 ss.; A. RENDA, *La surrogazione di maternità tra principi costituzionali ed interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 ss.; R. SENIGAGLIA, *Gentitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in corso di pubblicazione nel prossimo numero di *Europa e dir. priv.*, nella mia disponibilità grazie alla cortesia dell'Autore.

¹³ G. BENEDETTI, «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, in *Persona e Mercato*, 2017, 1, 3 ss., indica,



Questa relazione tra fatto e diritto è mutevole. Tant'è che, nel tempo, il legislatore ha perseguito finalità diverse, collocando al centro della sua azione il matrimonio, il contrasto alla filiazione «illegittima», il *favor veritatis* e da ultimo, in controtendenza con detto *favor*, la protezione del preminente interesse del minore. La quale, in linea generale, non tollera soluzioni rigidamente prefigurate dalla fattispecie legislativa astratta, come dimostra la giurisprudenza sulla decadenza dalla responsabilità genitoriale quale sanzione accessoria (non più automatica)¹⁴ e sull'adozione in casi particolari (cfr. *infra* § 3).

Prima della riforma del 1975, l'ordinamento giuridico non favoriva affatto l'emersione della verità dei rapporti di filiazione. Vi erano considerevoli restrizioni alla possibilità di smentire la presunzione di paternità, con il risultato di stabilizzare stati di figlio legittimo falsi¹⁵. Lo scopo era non già di tutelare il rapporto di filiazione in essere, ma di garantire, lasciando il marito arbitro di decidere, la pace, l'onore familiare e la stabilità del matrimonio quale *seminarium rei publicae*¹⁶. Insomma, in un diverso contesto socio-culturale, il diritto è stato complice della falsità, prediligendo alla verità la legittimità dello stato di figlio.

L'entrata in vigore della legge n. 151/1975 ha determinato, al contrario, un arretramento del *favor legitimitatis* rispetto al *favor veritatis*, sebbene siano state conservate ipotesi di prescrizione dell'azione di disconoscimento della paternità, anche per il figlio. Successivamente, a maggiore garanzia della verità, l'art. 244 c.c. è stato integrato da alcune sentenze additive della Corte costituzionale, che hanno imposto la decorrenza del termine per l'esercizio dell'azione di disconoscimento dal

giorno in cui la moglie o il marito fossero venuti a conoscenza della impotenza maschile o il marito dell'adulterio della moglie¹⁷. Sulla stessa linea si colloca l'intervento della Consulta sulla dichiarazione giudiziale di paternità¹⁸.

La filiazione in sintesi si è mossa lungo questa traiettoria: dapprima, dalla legittimità alla verità. Poi la verità è stata arginata, non più come in passato per ragioni di interesse pubblico sovraordinate all'individuo¹⁹, ma nel superiore interesse del minore di età alla stabilità del legame genitoriale.

La riforma 2012/2013 sulla filiazione ha attenuato, infatti, la possibilità di eliminare lo stato di figlio non corrispondente al vero, introducendo un termine massimo di esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità e di impugnazione per difetto di veridicità per i legittimati diversi dal figlio (art. 244, co. 4, e 263 coo. 3 e 4 c.c.)²⁰. Ciò

¹⁷ Corte cost., 14.5.1999, n. 170, in *Corr. giur.*, 1999, 1097 ss., con nota di V. CARBONE, *Anche la madre può disconoscere il figlio da quando sa che il padre non è il marito*; Corte cost., 6.5.1985, n. 134, in *Giust. civ.*, Adelante, Pedro, con juicio, ovvero: *l'evoluzione della coscienza collettiva e l'incostituzionalità dell'art. 244 c.c.*

¹⁸ Corte cost., 10.2.2006, n. 50, in *Fam. e dir.*, 2006, 3, 237, con nota di M. SESTA, *L'incostituzionalità dell'art. 274 c.c.: è ancora possibile la delibazione dell'interesse del minore?*, dichiara l'illegittimità costituzionale del giudizio di ammissibilità dell'azione di dichiarazione giudiziale della paternità o maternità naturale previsto dell'art. 274 c.c.

¹⁹ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia ad oggi*, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 5, 1043 ss. (cfr. p. 7 nella versione in *Leggi d'Italia on line*), coglie benissimo questo aspetto della riforma del 1975: l'ascesa del favore legislativo per la verità della filiazione, con il mantenimento, tuttavia, di gravi limitazioni (alcune cadute nel corso del tempo già prima della riforma 2012/2013) che interessavano la condizione giuridica della filiazione naturale.

²⁰ Prima della riforma 2012/2013, l'impugnazione per difetto di veridicità era imprescrittibile (cfr. art. 263 c.c. testo previgente), pertanto vi era sempre la possibilità di eliminare lo stato di figlio falso in quanto non basato sulla derivazione biologica dal supposto genitore. Si osservava autorevolmente (A. CICU, *La filiazione*, cit., 168) che «l'interesse superiore che si vuole tutelato esige che il riconoscimento risponda a verità». Da qui l'imprescrittibilità dell'azione e la legittimazione assoluta all'esercizio dell'azione. Era evidente un *favor* piuttosto forte nei confronti della verità. Cicu muoveva dall'indisponibilità dello stato per giustificare la normativa all'epoca vigente. Di conseguenza l'Autore ammetteva la legittimazione ad agire da parte di colui che avesse effettuato il riconoscimento nella consapevolezza della sua falsità. La giurisprudenza di merito più recente si è, invece, pronunciata diversamente, precludendo all'autore del riconoscimento consapevolmente falso di *venire contra factum proprium* (cfr. Trib. Roma, 17.10.2012, in *Corr. giur.*, 2013, 3, 343 ss., con nota di F. FESTI, *Riconoscimento consapevole non veritiero di figlio nato fuori dal matrimonio e ripensamento* e Trib. Firenze, 30.7.2015, in *www.il caso.it*, sulla non necessario prevalenza, a fronte della tutela dell'identità del minore, della verità biologica). Va detto che oggi il problema del riconoscimento effettuato sapendo di non essere il genitore si è

nella prospettiva in cui l'interpretazione è l'essenza del diritto ben oltre la legge, tre criteri selettivi del fatto: il consenso, la ragionevolezza e la tramandabilità. Utilizza il principio di ragionevolezza G. PERLINGIERI, *La diseredazione e il pensiero di Alberto Trabucchi*, in *Dir. delle succ. e della fam.*, 2017, 1, 351 ss., il quale risolve in modo convincente il problema del rimedio applicabile al caso del legittimario diseredato, come pure quello dell'applicabilità o meno della rappresentazione qualora il rappresentato sia stato diseredato (p. 356 ss.). Più in generale sulla funzione della ragionevolezza cfr. ancora G. PERLINGIERI, *Profili applicativi della ragionevolezza nel diritto civile*, Napoli, 2015.

¹⁴ Corte cost., 23.2.2012, n. 31 e Corte cost., 20.6.2013, n. 150, entrambe in *Leggi d'Italia on line*.

¹⁵ L'azione di disconoscimento della paternità spettava soltanto al marito finché viveva ed era assoggetta a un termine di decadenza. Dopo la sua morte, legittimati attivi, sempre entro un termine di decadenza, erano i discendenti e gli ascendenti.

¹⁶ G. FERRANDO, *Filiazione, I) Rapporto di filiazione* (voce), in *Enc. dir.*, 1989, 1 ss.; M. COSTANZA, *Filiazione, III) Filiazione naturale* (voce), in *Enc. dir.*, 1989, 1 ss.; A. BUCCIANTE, *Filiazione, II) Filiazione legittima*, in *Enc. giur.*, 1989, 1 ss.; A. CICU, *La filiazione*, cit., 102.

significa che non predomina più il valore della verità in sé, né la libertà dell'adulto di dismettere lo *status* di genitore una volta scoperto di non aver generato.

Il trascorrere del tempo, l'attaccamento del minore al supposto genitore e l'assolvimento dei doveri genitoriali stabilizzano il rapporto di filiazione. Diverse sono, come si accennava, le disposizioni di legge che fanno riferimento a siffatte circostanze. Su di esse occorre soffermarsi, soprattutto perché se ne trae una più recente linea di sviluppo della filiazione che non può essere valorizzata semplicemente nell'ambito della formazione sociale protetta dall'art. 2 Cost.²¹. Non fosse altro perché le soluzioni che discendono da tale impostazione non garantiscono una tutela adeguata del minore, penalizzando l'interesse giuridicamente rilevante che viene in rilievo²².

È necessario allora valorizzare maggiormente il caso concreto, che costituisce il vero motore di ogni costruzione ermeneutica e dell'espansione della dimensione giuridica. «Ordinamento del caso concreto»²³ significa proprio questo: a ogni fatto della vita si salda un'unica regolamentazione di esso, che l'interprete trae dalla complessità del sistema delle fonti, dalle regole e dai principi da applicare congiuntamente, senza depotenziare questi ultimi in presenza delle prime e senza escluderli dal circolo ermeneutico quando si trovano ad essere soli nella regolamentazione del caso concreto²⁴. L'unità dell'ordinamento emerge,

dunque, nel momento applicativo, mostrando così infiniti volti in ragione della diversità delle fattispecie concrete²⁵.

È la varietà dei casi concreti a far emergere, tramite l'interpretazione, l'ampliamento del fondamento della filiazione.

2. Il diritto alla continuità delle relazioni affettive: il quadro normativo e giurisprudenziale.

Alcuni indici normativi inducono a ritenere che la derivazione genetica non sia l'unico fatto fondante la filiazione.

Gli artt. 244, co. 4, e 263, co. 3 e 4 c.c. hanno introdotto nuovi termini di improponibilità, rispettivamente dell'azione di disconoscimento della paternità e dell'impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità. Nella prima disposizione si stabilisce che «Nei casi previsti dal primo e dal secondo comma, l'azione non può essere, *comunque*, proposta oltre cinque anni dal giorno della nascita». L'uso dell'avverbio lascia intendere che il termine, diversamente dal regime

Certo, è proprio così, ma non per questo si può escludere l'applicazione diretta del principio espresso o desunto dalle regole positive. Piuttosto le peculiarità del caso concreto guideranno nella scelta della regola più adatta ad esso, senza sconvolgere, con riguardo al contratto, l'esercizio dell'autonomia privata. Lo stesso D'Amico, nell'esaminare il noto orientamento giurisprudenziale sull'art. 1375 c.c., constata acutamente proprio questo, cioè che la giurisprudenza, nel non esigere un apprezzabile sacrificio delle utilità contrattuali attese, dimostra massima considerazione dell'autonomia privata. Ma allora la questione dell'applicazione diretta dei principi non può essere affrontata in astratto, bensì soltanto unitamente al caso concreto e alla persuasività dell'argomentazione svolta. Semmai va constatato che i principi costituzionali, spesso, non sono da soli a disciplinare il caso concreto. In materia di beni pubblici ad esempio, gli artt. 2, 9 e 42 Cost., ritenuti dalle Sezioni unite della Cassazione direttamente applicabili, hanno dato fondamento all'idea «di una necessaria funzionalità dei beni pubblici, con la conseguente convinzione che il bene è pubblico non tanto per la circostanza di rientrare in una delle astratte categorie del codice, quanto piuttosto per essere fonte di un beneficio per la collettività (...)». Del resto, rileva la Suprema Corte, dalla normativa vigente (Cost. + legislazione), analiticamente richiamata, emergono due dati: 1) la necessità di «guardare» al tema dei beni pubblici oltre una visione prettamente patrimoniale-proprietaria per approdare ad una prospettiva personale-collettivistica»; 2) la non essenzialità del provvedimento amministrativo (stante la centralità del fine e della funzione del bene che, nel caso di specie, è dato dalle cosiddette valli da pesca con riguardo alla laguna di Venezia).

²⁵ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., 14, afferma di conseguenza che «l'ordinamento realmente vigente è l'insieme degli ordinamenti dei casi concreti, come si prospettano nell'esperienza di ogni giorno, e vive, quindi, esclusivamente in quanto individuato ed applicato ai fatti e agli accadimenti».

ridimensionato per effetto dell'art. 263, co. 3, c.c. come modificato dal d. lgs. n. 154/2013, secondo cui «L'azione di impugnazione da parte dell'autore del riconoscimento deve essere proposta nel termine di un anno che decorre dal giorno dell'annotazione del riconoscimento sull'atto di nascita».

²¹ È quest'ultima la tesi rigorosamente argomentata da R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, cit., in corso di pubblicazione.

²² G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, Napoli, 2013, 111 ss., incentra questo lavoro monografico soprattutto sulla centralità degli interessi protetti dalla norma violata. Essa incide, nella prospettiva dell'Autore, sulla soluzione da accogliere in caso di violazione della norma imperativa. Il problema giuridico si dipana, quindi, non già muovendo dal dettato letterale delle norme ma dagli interessi protetti, i quali devono trovare massima attuazione nell'ordinamento.

²³ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, in *Rass. dir. civ.*, 2005, 188 ss., pubblicato anche in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 33 ss. (cui si farà riferimento).

²⁴ G. D'AMICO, *Problemi (e limiti) dell'applicazione diretta dei principi costituzionali nei rapporti di diritto privato (in particolare nei rapporti contrattuali)*, in *Giust. civ.*, 2016, 443 ss.; ID., *Applicazione diretta dei principi costituzionali e integrazione del contratto*, in *Giust. civ.*, 2015, 2, 247 ss. L'Autore diffida dell'applicazione diretta del solo principio, perché da questo l'interprete può dedurre - avendo il principio «una dimensione deontica "aperta"» - una pluralità di regole.



antecedente, decorre a prescindere dalla conoscenza della condizione di impotenza dell'uomo (anche se ad agire sia la moglie) o dell'adulterio della moglie.

L'art. 263, co. 3, c.c. contiene una regola analoga, precludendo all'autore del riconoscimento di impugnare tale atto decorsi cinque anni dalla sua annotazione. Anche gli altri legittimati all'impugnativa sono assoggettati al medesimo termine di prescrizione (art. 263, co. 4, c.c.).

Con le predette più recenti disposizioni, il legislatore del 2013 ha individuato un più ragionevole punto di equilibrio tra due beni in possibile tensione reciproca: la stabilità del rapporto di filiazione consolidatosi durante un significativo arco temporale e la libertà di chi ha creduto di essere padre di far emergere la verità, sciogliendosi dal vincolo genitoriale.

A questa linea di *policy* va ricondotto anche l'art. 9 della legge n. 40/2004, secondo cui chi ha fatto ricorso alla procreazione eterologa, tecnica ritornata praticabile²⁶ per effetto una pronuncia della Corte costituzionale²⁷, non può impugnare lo stato di figlio, facendo valere l'assenza del legame genetico con il nato. È negata l'azione di disconoscimento della paternità, come pure la madre non può avvalersi del diritto di non essere nominata nell'atto di nascita ai sensi dell'art. 30, co. 1, d.P.R. n. 396/2000. Inoltre deve ammettersi in via interpretativa che il nato non possa eliminare lo stato di figlio matrimoniale o riconosciuto dalla coppia che abbia avuto accesso all'eterologa (art. 8 l. n. 40/2004), al fine di far emergere il legame genetico con il donatore dei gameti. Ciò si desume chiaramente dall'art. 8, co. 3, l. n. 40/2004, ai sensi del quale il donatore di gameti non assume obblighi nei confronti del nato.

È evidente come il fondamento della filiazione nata dalla procreazione eterologa sia l'assunzione di responsabilità da parte della coppia (sebbene un genitore sia legato geneticamente al nato) che abbia condiviso il progetto di genitorialità, a fronte di una «patologia, causa irreversibile di sterilità o

infertilità assolute»²⁸. Deve essere tuttavia garantito il diritto all'identità genetica, sotto il profilo sia della tutela della salute del nato (art. 28, co. 4 e 5 l. n. 184/1983) sia del diritto di conoscere le proprie origini²⁹, almeno quanto alla conoscenza delle modalità della propria nascita (arg. ex art. 28, co. 1, l. n. 184/1983).

Il *favor veritatis* retrocede, dunque, in presenza di un'assunzione di responsabilità della nascita o di un legame di filiazione stabile, formalizzato nell'atto di nascita, laddove la figura del genitore non biologico sia divenuta fondamentale per la crescita del minore³⁰. Siffatto rilievo è presunto dalla legge trascorsi 5 anni.

Neppure la giurisprudenza assolutizza il principio della verità della filiazione, privilegiando piuttosto il concreto interesse del minore. Un interesse che giustifica talvolta la conservazione dello stato di figlio falso, piuttosto che la sua costituzione con il genitore biologico³¹. Qualora

²⁸ Corte cost., 10.6.2014, n. 162, cit.

²⁹ Corte cost., 22.11.2013, n. 278, in *Fam. e dir.*, 2014, 1, 11 ss., con nota di V. CARBONE, *Un passo avanti del diritto del figlio, abbandonato e adottato, di conoscere le sue origini rispetto all'anonimato materno*, in *Corr. giur.*, 2014, 4, 471 ss., con nota di T. AULETTA, *Sul diritto dell'adottato di conoscere la propria storia: un'occasione per ripensare alla disciplina della materia*, nell'introdurre una facoltà di interpello del figlio adottato al fine di verificare l'attualità della volontà della madre naturale di non essere nominata nell'atto di nascita, afferma che «il diritto del figlio a conoscere le proprie origini - e ad accedere alla propria storia parentale - costituisce un elemento significativo nel sistema costituzionale di tutela della persona». Ci si può chiedere se tale diritto possa valere anche nei confronti del donatore dei gameti. A sostegno di una risposta negativa va sottolineato che l'anonimato del donatore è un pilastro della procreazione eterologa, senza il quale, quasi certamente, non vi sarebbero più donazioni. Questa fattispecie, oltretutto, è diversa da quella in cui la partoriente abbia abbandonato il proprio figlio, dichiarando di non volere essere nominata nell'atto di nascita. Non sembra avere significato ipotizzare un interpello anche nei confronti del donatore di gameti, il quale non si è liberato di un figlio, ma ha soltanto consentito ad un soggetto sterile di averne uno. Sul diritto di conoscere le proprie origini, che, ad avviso di chi scrive, non costituisce tanto un segno della preminenza della verità biologica, essendo legato piuttosto alla tutela della propria salute fisico-psichica e alla propria identità, cfr. anche Cass., 21.7.2016, n. 15024, Cass., 9.11.2016, n. 22838 e Cass. sez. un., 25.1.2017, n. 1946, tutte in *Leggi d'Italia on line* e, in dottrina cfr.: A. MORACE PINELLI, *Il diritto a conoscere le proprie origini e i recenti interventi della Corte costituzionale. Il caso dell'ospedale Sandro Pertini*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 242 ss. e C. GRANELLI, *Il c.d. «parto anonimo» e del diritto del figlio alla conoscenza delle proprie origini: un caso emblematico di «dialogo» fra Corti*, in *Persona e mercato*, 2017, 1, 44 ss.

³⁰ A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, Milano, 2017, 11 ss.

³¹ Cass., 3.4.2017, n. 8617, in *Leggi d'Italia on line*. Nel caso di specie il pubblico ministero, senza valutare la posizione del minore interessato, chiede al tribunale la nomina di un curatore speciale affinché questi proponga l'azione di disconoscimento

²⁶ Com'è noto, prima dell'entrata in vigore della legge n. 40/2004, la procreazione eterologa era praticata nel nostro Paese.

²⁷ Corte cost., 10.6.2014, n. 162, in *Corr. giur.*, 2014, 8-9, 1062 ss., con nota di G. FERRANDO, *La riproduzione assistita nuovamente al vaglio della Corte costituzionale. L'illegittimità del divieto di fecondazione eterologa*; ID., *Autonomia delle persone e intervento pubblico nella riproduzione assistita. Illegittimo il divieto di fecondazione eterologa*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2014, 9, 10802, in *Fam. e dir.*, 2014, 8-9, 753 ss., con nota di V. CARBONE, *Sterilità della coppia. Fecondazione eterologa anche in Italia*, dichiara l'illegittimità costituzionale dell'art. 4, co. 3, l. n. 40/2004 - e di altri articoli a questo strettamente collegati - per violazione degli artt. 2, 3, 29, 31 e 32 Cost.





quest'ultimo, ai sensi dell'art. 244, co. 6, c.c., stimoli il pubblico ministero affinché richieda al tribunale la nomina di un curatore speciale per proporre l'azione di disconoscimento della paternità, il p.m. deve valutare la sussistenza dell'interesse del minore alla proposizione dell'azione. Inoltre successivamente il tribunale, nel decidere sulla richiesta di nomina del curatore, deve soppesare l'interesse del minore, senza presumere l'esistenza in ragione dell'istanza del pubblico ministero e senza ritenere che la ricerca della verità genetica debba essere sempre favorita.

In quest'attività è di assoluto rilievo l'ascolto del minore di cui sia accertata la capacità di discernimento e la maturità (art. 12 Conv. Onu sui diritti dell'infanzia del 20.11.1989, ratificata con l. n. 176/1991; art. 6 Conv. europea sull'esercizio dei diritti dei minori del 25.1.1996, ratificata con l. n. 77/2003). Il giudice deve tener conto della sua volontà, soprattutto se espressa nel senso di reputare genitore chi si sia comportato come padre fin dalla nascita e nei confronti del quale sia stato formato l'atto di nascita³².

Ritiene esattamente la Cassazione che «il *favor veritatis* non costituisce un valore di rilevanza costituzionale *assoluta* da affermarsi comunque, atteso che l'art. 30 Cost. non ha attribuito un valore indefettibilmente preminente alla verità biologica rispetto a quella legale, ma, nel disporre al comma 4 che «la legge detta le norme e i limiti per la ricerca della paternità», ha demandato al legislatore ordinario il potere di privilegiare, nel rispetto degli altri valori di rango costituzionale, la paternità legale rispetto a quella naturale, nonché di fissare le condizioni e le modalità per far valere quest'ultima (...)»³³.

della paternità. I giudici del merito stabiliscono che il marito non è il padre biologico del figlio nato in costanza di matrimonio. La Cassazione però cassa la pronuncia d'appello, non avendo i giudici valutato la capacità di discernimento del minore e «non potendo considerarsi utile equipollente la circostanza che sia l'ufficio del pubblico ministero a richiedere la nomina del curatore speciale abilitato all'esercizio dell'azione stessa».

³² Cass., 3.4.2017, n. 8617, cit., afferma che «l'esaltazione dell'interesse del minore e la necessità di una sua costante valutazione impone (...) una verifica in termini di attualità, anche in sede di appello, soprattutto quando, a fronte di una iniziativa processuale non correlata ad alcuna esplicita volontà del minore infra-sedicenne [oggi per effetto della modifica dell'art. 244, co. 6, c.c. infra-quattordicenne], quest'ultimo, ossia il reale protagonista della vicenda, acquisisca nel corso del procedimento una maturità di comprensione e di determinazione rispetto alla propria identità personale». Appropriato è il riferimento della Cassazione all'identità personale; un diritto fondamentale la cui tutela può anche esigere la conservazione dello stato di figlio non basato sul rapporto genetico con il presunto padre.

³³ Cass., 3.4.2017, n. 8617, cit., § 11.

Il legislatore, quindi, a tutela di valori costituzionali come la protezione dell'identità del minore, può limitare la ricerca della verità come de resto è accaduto, più di recente, con gli artt. 244, co. 4, c.c. e 263, coo. 3 e 4 c.c.

Si può a questo punto fare un passo ulteriore e ritenere che il rapporto di filiazione consolidato non rilevi soltanto quale elemento giustificativo della conservazione dello stato di figlio e della verità legale, ma anche sotto altri due profili: costitutivo dello *status filiationis* o conservativo del legame di fatto.

Entrambi questi aspetti sono stati considerati dalla legge n. 173/2015 che, riconoscendo il diritto alla continuità affettiva dei fanciulli, ha inciso sull'istituto dell'affidamento familiare disciplinato dalla legge sull'adozione (artt. 2 ss.). L'art. 1 l. 173/2015 ha modificato l'art. 4 l. n. 184/1983, consentendo alla famiglia affidataria, in presenza dei requisiti previsti dall'art. 6 l. n. 184/1983, di chiedere l'adozione piena del minore ricevuto in affidamento. Il tribunale per i minorenni, nel decidere sulla domanda, deve tener conto «dei *legami affettivi significativi* e del *rapporto stabile e duraturo* consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria» (art. 4, co. 5-*bis*, l. n. 184/1983). La famiglia affidataria ha, com'è stato affermato, «una sorta di preferenza nel procedimento adottivo»³⁴.

Le ragioni di questa innovazione sono evidenti: evitare un altro trauma a quel fanciullo che già beneficia di un legame importante con la coppia affidataria per una crescita equilibrata. Tale legame, precisa la legge n. 173/2015, ha rilievo anche in caso di cessazione dell'affidamento familiare. L'art. 4, co. 5-*ter*, l. n. 184/1983 (introdotto dalla l. n. 173/2015) stabilisce che ove il minore faccia ritorno nella famiglia di origine - finalità propria dell'affidamento - o sia dato in affidamento a un'altra famiglia o sia adottato da altri, deve essere tutelata, se rispondente all'interesse del minore, «la continuità delle positive relazioni socio-affettive consolidatesi durante l'affidamento» (nuovo art. 5, co. 5-*ter*, l. adoz.)³⁵.

³⁴ Trib. Milano, ord. 17.1.2017, in www.ilcaso.it, muovendo dalla finalità della l. n. 173/2015 di preservare il «diritto alla continuità affettiva dei bambini e delle bambine in affido familiare», conclude che l'obbligo per il giudice di convocare l'affidatario o la famiglia collocataria nei procedimenti di responsabilità genitoriale, di affidamento e di adottabilità relativi al minore affidato (art. 5, co. 1, l. n. 184/1983 come modificato dalla l. n. 173/2015) opera con esclusivo riguardo all'ipotesi in cui il minore sia in affidamento familiare e non già in affidamento al Comune o ai Servizi Sociali. Gli affidatari, secondo il tribunale, non rivestono la qualifica di parti in senso tecnico, «svolgendo mere funzioni consultive: sono "fonti di informazioni" per il giudice».

³⁵ Ciò implica, se è necessario, che il giudice disponga lo svolgimento di incontri tra il minore e gli originari affidatari,

La continuità affettiva assurge dunque a diritto fondamentale del minore, essendo strettamente connesso allo svolgimento della sua personalità (artt. 2 e 3, co. 2, Cost.); un diritto che si apprezza non soltanto nella crisi coniugale o della convivenza *more uxorio* (art. 337-ter, co. 1., c.c.), ma anche in funzione conservativa o costitutiva dello stato di figlio - su ciò si tornerà trattando dell'adozione in casi particolari omosessuale - nonché di salvaguardia di figure che, durante l'affidamento familiare, siano divenute decisive per il minore.

C'è un'altra significativa disposizione che, come interpretata dalla Corte EDU, conferma la complessità del fondamento della filiazione. È quella espressa dall'art. 8 Cedu, che prevede il diritto di ogni persona «al rispetto della propria vita familiare». Secondo la Corte EDU, l'esistenza della vita familiare non postula necessariamente il coniugio o la parentela, poiché anche la relazione caratterizzata in un certo modo tra due soggetti può dar vita a un legame familiare³⁶. Ciò vale con riguardo sia alla relazione stabile tra adulti, come finemente rilevato anche dalla dottrina³⁷, sia al

rapporto genitoriale di fatto con il figlio del *partner*³⁸.

Vi sono insomma disposizioni specifiche da cui trarre il diritto alla continuità affettiva e alla conservazione del rapporto di filiazione. Ma c'è un altro elemento giuridico che ha contribuito a valorizzare il legame con il minore: è l'attitudine propria dei diritti fondamentali e dei principi a orientare l'interpretazione degli istituti e delle regole, al fine di trovare (*invenio*) una soluzione armonica con la Costituzione e con il sistema³⁹. In questa prospettiva, il principio di effettività delle tutele aiuta il giurista⁴⁰, perché cala l'interpretazione negli interessi concreti che la fattispecie legale non ha colto «in modo pieno»⁴¹ e con ciò sollecita una valutazione degli stessi nella totalità dell'ordinamento dove regole e principi creano il sistema. Così l'interprete perde «l'immediata dipendenza dalla volontà del legislatore»⁴² con un guadagno in termini di maggiore vicinanza del diritto alla vita umana.

È stato efficacemente scritto⁴³ che «la sintassi dei principi non cerca la stabilità [dell'ordinamento

così da conservare e sviluppare il rapporto significativo in essere. Il legislatore prende atto che è la relazione sana e l'arricchimento che da essa consegue ad essere il viatico per una buona crescita e per la formazione del carattere di una persona in formazione. Rileva perciò anche il rapporto che si è creato con figure para-genitoriali.

³⁶ Corte EDU, 27.4.2010, caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 16318/07, in www.echr.coe.int. Il caso riguardava una coppia sposata, affidataria di un minore. Il tribunale per i minorenni italiano, nonostante il legame creatosi con quest'ultimo, aveva ignorato la richiesta degli affidatari di adozione speciale, decidendo per l'adozione del minore a favore di un'altra coppia. La Corte EDU ha condannato lo Stato italiano a risarcire il danno non patrimoniale alla coppia ex affidataria per lesione del diritto alla vita familiare. Cfr. anche Corte EDU, 24.6.2010, *Schalk and Kopf c. Austria*, ric. n. 30141/04, in www.echr.coe.int, secondo cui la relazione omosessuale stabile rientra nella nozione di vita familiare e non già di vita privata di cui all'art. 8 Cedu. Significative sono anche: Corte EDU, 27.1.2015, caso *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12 e Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, ric. n. 25358/12; Corte EDU, 28.6. 2007, caso *Wagner e J.M.W.L. c. Lussemburgo*, ric. n. 76240/01, tutte in www.echr.coe.int, in cui si afferma che la preminenza dell'interesse del minore deve essere adeguatamente considerata anche se vi è un problema di contrasto del *decisum* con l'ordine pubblico interno.

³⁷ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, in *La famiglia all'imperfetto?*, a cura di A. Busacca, Napoli, 2016, 262-263, distingue il piano di rilevanza dell'affettività (la «fatticità») da quello delle «modalità di sviluppo dell'autonomia» (la fattualità) in cui il diritto interviene con le sue regolamentazioni (cosa regola il diritto è chiaramente indicato nella pag. 262). Egli afferma, quanto al primo piano del discorso, che «l'affettività, essendo una manifestazione profonda della persona, e l'autonomia, essendo del pari manifestazione profonda della socialità della persona, impongono al diritto rispetto, tutela e regolazione, secondo la logica dell'effettività (quindi mai tutele discriminatorie)».

³⁸ Anche altri soggetti possono essere importanti per la costruzione della personalità del minorenne. Non è un caso che il legislatore della riforma 2012/2013 abbia previsto il diritto del figlio di «mantenere rapporti significativi con i parenti» (art. 315-bis, co. 2, c.c.) e il diritto degli ascendenti di «mantenere rapporti significativi con i nipoti minorenni» (art. 317-bis c.c.).

³⁹ G. VETTORI, *La fecondazione assistita tra legge e giudici*, in *Persona e mercato*, 2016, 1, 7; C. CAMARDI, *Diritti fondamentali e «status» della persona*, in *Riv. crit. dir. priv.*, 2015, 1, 7 ss.; D. MESSINETTI, *Diritti della persona e identità della persona*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 2, 1 ss. (versione in *Leggi d'Italia on line*).

⁴⁰ Diversa e piuttosto critica nei confronti del principio di effettività della tutela è la posizione di C. CASTRONOVO, *Eclisse del diritto civile*, Milano, 2015, 220 ss.

⁴¹ G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, in *Persona e mercato*, 2017, 1, 30, indaga, da tempo, la rilevanza e la funzione del principio di effettività, ampiamente utilizzato, rileva l'autore, dalla Corte di Giustizia, dalla Corte EDU e dalla Cassazione. Si insiste in particolare su un punto: il superamento dello Stato di diritto ottocentesco con l'avvento delle Costituzioni del secondo dopoguerra, delle fonti sovraordinate alla legge e della conseguente rivalutazione del ruolo del giudice hanno infranto il primato della legge nella produzione del diritto (si parla di funzione «nomogetica» dei principi).

⁴² G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., 29. Anche F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, in *Europa e dir. priv.*, 2014, 4, 1053, riconoscendo che i principi sono norme e che da essi si può argomentare al fine di individuare una fattispecie cui ricondurre il caso concreto (si ha - lo rileva acutamente l'Autore - una sussunzione differita), ammette, conseguentemente, l'attribuzione di un «potere normativo» alla giurisprudenza.

⁴³ P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, 234, distingue magistralmente le clausole generali dai principi sotto il profilo della funzione, essendo entrambi i concetti accomunati dalla





giuridico], ma la giustizia». Essi danno luogo al «sovertimento dell'essere in nome del dover essere»⁴⁴, anche perché - ed è notorio - «la dimensione democratica dell'unità nazionale non garantisce più la libertà dei cittadini»⁴⁵.

Tornando al nostro tema, negare un adeguato rilievo alla filiazione non genetica finirebbe col ledere il diritto del fanciullo di preservare la propria identità personale (art. 2 Cost. e art. 8 Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia cit.), la quale si lega alle figure genitoriali di riferimento, con conseguente violazione del principio del preminente interesse del minore (art. 3 Conv. Onu cit. e art. dall'art. 24, co. 2, Carta dei Diritti Fondamentali dell'Unione europea).

In ragione di questo composito quadro normativo occorre, per un verso, rileggere alcuni istituti come l'adozione in casi particolari, per l'altro, provare a ricostruire un nuovo ordine pubblico della filiazione in cui trovi attuazione il diritto del minore alla continuità affettiva.

3. L'adozione in casi particolari del figlio del partner: l'evoluzione dell'istituto.

In un sistema delle fonti del diritto come quello dell'epoca postmoderna, più complesso sotto il profilo gerarchico e dalla trama reticolare (si pensi al rilievo della giurisprudenza delle Corti sovranazionali)⁴⁶, sono sempre più frequenti domande giudiziali in cui si enucleano nuovi

vaghezza del loro contenuto. Le prime sono volte a conservare l'ordine giuridico conosciuto. I secondi, invece, sono strumentali al «mutamento, [al] sovertimento infrastemico che è il carattere specifico dei principi». Ecco perché, rileva perspicuamente l'Autore, principi e clausole generali non possono operare in «combinato disposto».

⁴⁴ P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, cit. 235.

⁴⁵ P. FEMIA, *Tre livelli di (in)distinzione tra principi e clausole generali*, cit., 241, ha una visione post-moderna del diritto. Egli crede che ogni *regula iuris* debba essere funzionale all'interesse in gioco. Ora poiché le dinamiche sociali sono sempre più complesse e mutano continuamente, vi è la necessità dei principi, che servono, appunto, «a dare fastidio alla realtà, a sconvolgere i poteri, a dimostrare che il diritto è qualcosa di più di un registro di vittorie e di sconfitte, ma è luogo di pensiero». Del resto, continua l'Autore, il quale non nasconde nella finezza della pagina la sua concezione del diritto: «Il diritto è infinita costruzione del possibile: infinita apertura nella quale consiste la convivenza umana» (p. 225). Così Egli respinge con forza la tesi secondo cui il principio sarebbe applicabile soltanto in assenza di una regola legislativa espressa.

⁴⁶ Sulla pos-modernità e sulla complessità delle fonti quale elemento che consente un recupero del diritto e del ruolo del giurista rispetto alla modernità giuridica cfr. P. GROSSI, *Ritorno al diritto*, Roma-Bari, 2015, in particolare si veda il primo saggio intitolato «Il diritto in Italia, oggi, tra modernità e pos-modernità».

diritti⁴⁷ o si chiede l'applicazione dei principi. Il diritto alla continuità affettiva è stato prima desunto dalla giurisprudenza anche sovranazionale⁴⁸, poi riconosciuto dalla legge n. 173/2015 e infine ulteriormente valorizzato con l'ammissione da parte della Cassazione dell'adozione omosessuale in casi particolari⁴⁹.

Alla soluzione del problema giuridico, ancora dibattuto⁵⁰, circa l'ammissibilità del tipo adozione appena ricordata, va premessa la seguente considerazione: la legge n. 76/2016 (sulle unioni civili e convivenze di fatto) non ha risolto il problema. Dalla lettura dell'art. 1, co. 20, l. cit. si desume soltanto il divieto per i soggetti in unione civile di accedere all'adozione piena (artt. 6 ss. l. n. 184/1983), essendo questa riservata esclusivamente ai coniugi. Il comma 20 aggiunge però che «resta fermo quanto previsto e consentito in materia di adozione dalle norme vigenti». L'interprete deve stabilire pertanto se, ferma l'inammissibilità dell'adozione piena omosessuale, vi sia spazio tra le fattispecie legali di adozione in casi particolari anche per quella chiesta dal partner del genitore.

⁴⁷ P. PERLINGIERI, *Sulla famiglia come formazione sociale*, in *Dir. e giur.*, 1979, 775 ss. ora anche in *La persona e i suoi diritti*, *Problemi del diritto civile*, Napoli, 2005, 419 ss., da tempo sottolinea come l'art. 2 della Costituzione, nel riferirsi ai diritti inviolabili, non possa essere considerato una «norma riassuntiva di altre norme» (p. 420). Esso apre, invece, a diritti fondamentali atipici non contemplati *expressis verbis* da altri articoli della Carta. Non si deve più dubitare come, invece, in passato che - soggiunge Perlingieri - «esiste una atipicità di contenuto di tutela della persona umana, con l'inclusione, quindi [nell'art. 2 Cost.], di tutte quelle manifestazioni personali che possono derivare dall'esigenza di una civile, benché storicamente condizionata, convivenza umana». Emblematico è, più di recente, il caso Englaro, cfr. Cass., 16.10.2007, n. 21748, in *Fam. pers. e succ.*, 2008, 6, 508 ss., con nota di A. GORGONI, *La rilevanza della volontà sulla fine della vita non formalizzata nel testamento biologico*, ma anche il diritto di procreare come espressione fondamentale della propria personalità, di cui si è già fatto cenno a proposito dell'illegittimità del divieto della procreazione eterologa, oppure il diritto di conoscere le proprie origini, sia pur temperato dal diritto della madre di confermare l'anonimato, sopra citato.

⁴⁸ Corte cost., 7.10.1999, n. 383, in *Leggi d'Italia on line*. Sulla giurisprudenza della Corte EDU cfr. *supra* nota 22.

⁴⁹ Cass., 22.6.2016, n. 12962, in *Corr. giur.*, 2016, 10, 1203 ss., con note di P. MOROZZO DELLA ROCCA, *Le adozioni in casi particolari ed il caso della stepchild adoption*, e di L. ATTADEMO, *La «stepchild adoption» omoparentale nel dettato dell'art. 44 comma 1, lett. d), l. n. 184/1983 e nella l. n. 218/1995*, in *Fam. e dir.*, 2016, 11, 1025 ss., con nota di S. VERONESI, *La Corte di Cassazione si pronuncia sulla stepchild adoption*, in *Foro it.*, 2016, I, 2342 ss., con nota di G. CASABURI, *L'adozione omogenitoriale e la Cassazione: il convitato di pietra*.

⁵⁰ Trib. per i minorenni di Milano, n. 261/2016, cit., nega che il partner omosessuale possa adottare in casi particolari il figlio del compagno, poiché il minore è già inserito in un contesto familiare idoneo a sostenerlo.

La giurisprudenza, sia di merito che legittimità, offre un'ottima base di dialogo. Va subito ricordato che prima della sopra menzionata pronuncia della Cassazione, il tribunale per i minorenni è stato investito più volte della domanda, proveniente dall'omosessuale, di adozione in casi particolari del figlio del proprio *partner*⁵¹. Si chiedeva ai giudici di sussumere la fattispecie concreta nell'art. 44 let. d) l. n. 184/1983, ai sensi del quale «i minori possono essere adottati anche quando non ricorrono le condizioni di cui al comma 1 dell'art. 7 (...): d) quando vi sia la constatata *impossibilità* di affidamento preadottivo».

Il Tribunale per i minorenni di Roma, in quattro pronunce⁵² - precedute da una giurisprudenza sensibile alla filiazione di fatto sorta nell'ambito di un rapporto di coppia eterosessuale⁵³ - ha ritenuto che il presupposto dell'impossibilità di cui all'art. 44 let. d) cit. debba essere inteso in senso ampio, perciò con riguardo a un impedimento non soltanto di fatto⁵⁴, ma anche di diritto (nell'insussistenza

dello stato di abbandono) dell'affidamento preadottivo⁵⁵. Questa interpretazione, più rispettosa della lettera della disposizione e della finalità dell'adozione in casi particolari⁵⁶, consente di tutelare l'interesse del minore, non in stato di abbandono, «al riconoscimento giuridico di rapporti di genitorialità più compiuti e completi»⁵⁷. Difatti, da un lato, vi è già un genitore giuridico che accudisce il proprio figlio, dall'altro, tramite l'adozione particolare, si consente a chi, di fatto, si sia comportato come fosse genitore, di vedere costituito, nell'interesse del minore, lo stato di figlio anche nei propri confronti⁵⁸. Dunque, ai sensi della

⁵¹ Una tale domanda di giustizia è del tutto ragionevole, poiché è nella natura delle cose che chi abbia formato una famiglia e si sia comportato come fosse genitore chieda di attribuire una veste formale a tale rapporto di fatto. Il quale, sotto il profilo fenomenologico, non ha nulla di diverso da quello che intercorre tra il genitore giuridico e il proprio figlio.

⁵² Trib. per i minorenni di Roma, n. 299/2014; Trib. per i minorenni di Roma, n. 4580/2015; Trib. per i minorenni di Roma, 30.12.2015, e più di recente Trib. per i minorenni di Roma, 2016 (giorno e mese non sono leggibili), cit.

⁵³ Secondo il Trib. per i minorenni Milano, n. 606/2007, in *Leggi d'Italia on line*, il convivente eterosessuale *more uxorio* può adottare il figlio del *partner* ai sensi dell'art. 44 let. d) l. n. 184/1983, essendo, invece, inapplicabile la fattispecie di cui alla let. b) del medesimo articolo, stante la mancanza nel caso concreto del rapporto di coniugio tra colui che intende adottare e la madre dell'*adottando*. Il tribunale, preso atto della positiva relazione dei Servizi sociali attestante l'esistenza di un rapporto profondo tra il genitore di fatto e la minore, ascoltata quest'ultima quasi quattordicenne e visto il consenso della madre all'adozione, non ha avuto dubbi ad affermare che l'adozione ex art. 44 let. d) realizza, nel caso di specie, il preminente interesse della minore (art. 57 n. 2 l. n. 184/1983). Afferma Corte d'App. Firenze, n. 1274/2012, in *Leggi d'Italia on line*, che l'adozione ai sensi dell'art. 44 co. 1 let. b), secondo cui solo il coniuge è legittimato a chiedere l'adozione del figlio anche adottato dall'altro coniuge, «non può finire col pregiudicare lo status del minore della famiglia di fatto, equiparato dalla legge [n. 219/2012] a quello dei figli legittimi». Opinando diversamente, si avrebbe una discriminazione basata esclusivamente sulla nascita (nel o fuori del matrimonio), in aperto contrasto con l'art. 3 co. 1 Cost. che vieta ogni disparità di trattamento incentrata su «condizioni personali e sociali». Cfr. anche Corte cost., 18.7.1986, n. 198, in *Leggi d'Italia on line*, che già in tempi risalenti ha riconosciuto rilevanza giuridica al rapporto di filiazione di fatto, con riguardo al caso di scioglimento del matrimonio tra gli adottanti.

⁵⁴ Qual è l'età avanzata del minore o l'essere quest'ultimo affetto da una grave malattia, pur sussistendo lo stato di abbandono.

⁵⁵ Il Trib. per i minorenni Roma, 30.12.2015, cit., argomenta dalla lettera d) dell'art. 44 l. adoz., aggiunta dalla legge n. 149/2001, la quale ha isolato, rispetto alla fattispecie del minore diversamente abile (art. 44 let. c), l'ipotesi dell'impossibilità dell'affidamento preadottivo. Da ciò si può desumere che mentre l'impossibilità di affidamento preadottivo di fatto rimane nella let. c), quella di diritto si è spostata nella let. d). Del resto nella let. d) non si specifica come debba essere intesa tale impossibilità. Si aggiunga - rileva sempre il tribunale - che negare l'adozione in casi particolari qualora l'impossibilità sia di diritto, significherebbe, da un lato, tradire la *ratio* dell'adozione in casi particolari, consistente nel dare rilievo ai rapporti di fatto instauratisi col tempo, dall'altro, violare il principio del preminente interesse del minore, refrattario alle rigidità e propulsore invece di soluzioni giurisprudenziali adeguate al caso concreto.

⁵⁶ Sottolinea il Trib. per i minorenni Roma, 30.12.2015, che l'adozione in casi particolari intende, secondo l'intenzione del legislatore, «favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore e i parenti o le persone che già si prendono cura del minore stesso». Si tratta di un'adozione con effetti più limitati, in punto di parentela, rispetto all'adozione piena (ex legittimante) e senza che vi sia sostituzione del vincolo con i genitori biologici. Anche i presupposti dell'adozione in casi particolari sono meno stringenti di quelli previsti dall'art. 6 l. adoz. È proprio la diversità dei presupposti e la rapidità e semplificazione del procedimento giudiziale di adozione in casi particolari - secondo il Trib. - ad aver indotto il legislatore a prevedere espressamente all'art. 57 n. 2 l. adoz. la verifica giudiziale della realizzazione del preminente interesse del minore.

⁵⁷ Così il Trib. per i minorenni Roma, n. 299/2014, cit.

⁵⁸ Ricorda il Trib. per i minorenni di Roma, 30.12.2015, cit., che la tesi secondo cui l'adozione in casi particolari richiede un'impossibilità solo di fatto dell'affidamento preadottivo si è imposta negli anni ottanta del secolo scorso. A quel tempo alcuni tribunali hanno ritenuto che tale tipo di adozione si applicasse esclusivamente «ai minori dichiarati adottabili, ma non collocabili in affidamento preadottivo o perché affetti da gravi problemi sanitari e/o psicologici, comunque con caratteristiche tali da non poter essere accolti in affidamento preadottivo da alcuna delle coppie aspiranti all'adozione legittimante, o perché il forzoso distacco di un minore (dichiarato adottabile) dal o dagli affidatari «abusivi», avanti negli anni e non coniugati, avrebbe creato in quel minore traumi irreversibili ove ne fosse stato disposto l'allontanamento e l'affidamento preadottivo ad altra coppia regolarmente in lista d'attesa». Quest'orientamento, già disatteso nel 1989 (cfr. Corte d'App. Bologna, 15.4.1989, in *Giur. mer.*, 1991, 91 ss.), è stato definitivamente superato oltre che per le argomentazioni già





lettera d) dell'art. 44 l. n. 184/1983, rileva l'impossibilità non solo di fatto, secondo l'interpretazione tradizionale, ma anche quella di diritto.

La Cassazione ha confermato quest'orientamento, arricchendolo la motivazione. Essenzialmente facendo leva: a) sull'evoluzione normativa dell'art. 44 l. n. 184/1983 fino alla legge n. 173/2015 la quale, in ragione della stabilità e della durata del legame affettivo significativo con il minore, consente all'affidatario - «famiglia» o una «persona singola» (art. 2, co. 1, l. n. 184/1983) - di adottarlo in casi particolari ai sensi della let. a) dell'art. 44 l. n. 184/1983; b) sull'art. 11, co. 1, l. n. 184/1983 che preclude la dichiarazione giudiziale dello stato di adottabilità oltre che a fronte della presenza dei parenti entro il quarto grado «che abbiano rapporti significativi con il minore», anche qualora «esistano istanze di adozione ai sensi dell'art. 44». Ciò significa, secondo la Cassazione, che «il legislatore ha voluto favorire il consolidamento dei rapporti tra il minore ed i parenti o le persone che già si prendono cura di lui, prevedendo la possibilità di un'adozione, sia pure con effetti più limitati rispetto a quella «legittimante» [rectius: piena]⁵⁹, ma con presupposti necessariamente meno rigorosi di quest'ultima». Va aggiunto che anche la nuova imprescrittibilità delle azioni di stato soltanto per il figlio depone nel senso del rilievo del rapporto serio, stabile e duraturo tra l'adulto e il minore⁶⁰; c) sulla centralità in tutte le fattispecie di adozione in casi particolari della valutazione di idoneità affettiva dell'adottante e

dell'interesse del minore (art. 57 l. n. 184/1983), desunto soprattutto dall'ascolto di quest'ultimo ove sussistano i presupposti di legge; d) sulla giuridicità e necessaria applicabilità del principio del preminente interesse del minore, il cui contenuto si lega all'evoluzione ordinamentale da cogliere anche attraverso le pronunce della Corte EDU, debitamente richiamate dalla Cassazione⁶¹.

Ed è proprio in attuazione del principio del preminente interesse del minore, illuminato dalla predetta cornice normativa, che si giustifica la costituzione dello stato di figlio nei confronti di un adulto dello stesso sesso del genitore. Sul presupposto che il nostro ordinamento non vieti all'omosessuale di essere genitore. L'omosessualità non va considerata, *sic et simpliciter*, fonte di pregiudizi per una crescita equilibrata del fanciullo. Pertanto, correttamente, la Cassazione ha respinto la domanda di affidamento esclusivo della prole, incentrata esclusivamente sull'omosessualità della madre, la quale conviveva stabilmente con un'altra donna⁶².

Va sottolineato che quando il tribunale per i minorenni valuta una domanda di adozione in casi particolari, né il requisito del coniugio né quello dell'eterosessualità sono elementi indispensabili (art. 44, co. 3, l. n. 184/1983). Decisiva è piuttosto, al fine di realizzare il preminente interesse del minore (art. 57, n. 2, l. n. 184/1983), l'indagine disposta dal tribunale da effettuarsi tramite i Servizi sociali su determinati elementi. Tra questi l'art. 57, co. 3, l. n. 184/1983 menziona l'idoneità affettiva e la capacità dell'adottante di educare e istruire il minore (let. a), i motivi dell'adozione (let. b), l'ambiente familiare degli adottanti e altro ancora.

Deve, pertanto, escludersi che la tendenza sessuale di chi richieda l'adozione ai sensi dell'art. 44 let d) l. n. 184/1983 possa costituire, di per sé solo, motivo di rigetto della domanda. In alcune CTU si afferma che la capacità genitoriale non è influenzata dall'omosessualità e il minore viene

sintetizzate sopra nel testo, anche per effetto della legge n. 149/2001.

⁵⁹ Va rilevato come oggi non sia più del tutto pacifico che con l'adozione in casi particolari l'adottato acquisisca il rapporto di parentela soltanto con il soggetto adottante. Secondo F. PROSPERI, *Unicità dello «status filiationis» e rilevanza della famiglia non fondata sul matrimonio*, in *Riv. crit. riv. priv.*, 2013, 273 ss, in considerazione dell'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio e di un'interpretazione che tragga - come si suole dire - un effetto utile dall'espressione contenuta nell'art. 77 c.c. «sia nel caso in cui il figlio è adottivo, occorre ammettere che l'adottato in casi particolari acquisti legami di parentela anche con il ramo parentale dell'adottante. L'autorevole studioso propende, pertanto, per la tacita abrogazione (parziale) del rinvio all'art. 300 c.c. da parte dell'art. 55 l. n. 184/1983.

⁶⁰ Cass., 22.6.2016, n. 12962, cit., sottolinea esattamente come il nuovo termine quinquennale di improponibilità dell'azione di stato (artt. 244, co. 4 e 263, coo. 3 e 4 c.c.), introdotto dal d. lgs. n. 154/2013, «evidenzi il riconoscimento del rilievo delle relazioni instaurate e consolidate nel tempo tra genitore e figlio sotto il profilo del diritto di quest'ultimo a conservare [tali relazioni] caratterizzanti l'identità personale fin dalla nascita». Emerge, quindi, quel nesso che ponevamo in rilievo all'inizio di questo studio tra l'evoluzione del diritto della filiazione e l'effettività dei diritti fondamentali, qual è lo sviluppo della propria identità.

⁶¹ Cass., 22.6.2016, n. 12962, cit., § 4.2.4.

⁶² Secondo Cass., 11.1.2013, n. 601, in *Fam. e dir.*, 2013, 6, 570 ss., con nota di F. RUSCELLO, *Quando il pregiudizio è.... nella valutazione del pregiudizio! A proposito dell'affidamento della prole alla madre omosessuale*; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2013, 5, 10432 ss., con nota di C. MURGO, *Affidamento del figlio naturale e convivenza omosessuale dell'affidatario: l'interesse del minore come criterio esclusivo*, «alla base della doglianza del ricorrente non sono poste certezze scientifiche o dati di esperienza, bensì il mero pregiudizio che sia dannoso per l'equilibrato sviluppo del bambino il fatto di vivere in una famiglia incentrata su una coppia omosessuale. In tal modo si dà per scontato ciò che invece è da dimostrare, ossia la dannosità di quel contesto familiare per il bambino». Cfr anche L. BALESTRA, *Affidamento dei figli e convivenza omosessuale tra «pregiudizio» e interesse del minore*, in *Corr. giur.*, 2013, 7, 893 ss.

descritto come sereno, equilibrato, consapevole della peculiarità della sua famiglia composta da due genitori dello stesso sesso. In ciascuna vicenda concreta tratta dalla casistica giurisprudenziale emerge un legame forte tra il minore e il genitore cosiddetto “sociale”, il quale è divenuto nel tempo una figura di riferimento insostituibile.

Fondamentale nella filiazione non è dunque soltanto il legame biologico, ma può esserlo anche l'accudimento, il sostegno morale e materiale e l'assunzione dei doveri genitoriali⁶³. Tutti elementi, questi, che se stabili e duraturi giustificano la costituzione dello stato di figlio tramite l'adozione in casi particolari. Di certo la formalizzazione del rapporto attraverso lo *status* attua più incisivamente l'interesse del minore, assicurandogli un più compiuto sviluppo e una maggiore consapevolezza, anche nei rapporti con gli altri e con le istituzioni, della propria identità.

Il punto è che l'affettività porta con sé la giuridicità del legame. Anche l'istituto del matrimonio, a ben guardare, si regge non già sul sistema dichiarativo che connota la sua costituzione, ma proprio sull'affettività⁶⁴. Vera è l'affermazione del matrimonio quale semplice «riduzione fattuale della significatività giuridica dell'amore eterosessuale», che ne costituisce il sostrato materiale da cui dipende⁶⁵.

Un ultimo rilievo. Tutti gli argomenti fin qui riportati si appuntano sulla posizione del minore, ma non va trascurato l'argomento - indubbiamente

da approfondire in chiave interdisciplinare - del divieto di discriminazione delle coppie *same sex* rispetto a quelle eterosessuali⁶⁶ con riguardo all'adozione.

4. La filiazione di fatto nella crisi della convivenza *more uxorio* e la responsabilità genitoriale.

Gli indici di rilevanza giuridica del rapporto di filiazione non biologico e le pronunce della Corte EDU sul diritto al rispetto della vita familiare (*supra* § 2) orientano nella soluzione di un ulteriore problema. Stabilire se e in che termini rilevi il legame creatosi tra il genitore sociale e il figlio dell'ex partner di vita in caso di cessazione della convivenza *more uxorio*.

Il caso è il seguente. Vi è una famiglia ricomposta costituita da chi, dopo aver avuto un figlio da una precedente relazione, inizia una nuova convivenza. Trascorsi diversi anni, il legame di coppia si interrompe e il genitore lascia con il proprio figlio minorenne la casa familiare, impedendo o rendendo oltremodo difficoltoso ogni contatto tra il minore e l'ex partner. Il quale durante la convivenza si era comportato come fosse

⁶³ È significativo, a tal proposito, riportare il seguente passaggio della relazione del CTU del Trib. per i minorenni Roma, n. 299/2014, cit.: «[è nel periodo dell'infanzia] che i bambini costruiscono dei modelli interni delle rappresentazioni, delle esperienze di relazione che nella realtà hanno luogo con la figura che maggiormente si è presa cura di loro sin dalla nascita e, pertanto, non necessariamente definibile genitoriale, tanto meno appartenente ad un preciso orientamento sessuale. (...) Ciò che è importante per il benessere dei bambini è la qualità dell'ambiente familiare che i genitori forniscono loro, indipendentemente dal fatto che essi siano dello stesso sesso o che abbiano lo stesso orientamento». Secondo i giudici onorari, i quali partecipano alla decisione del collegio, va considerato che: «Il benessere psicosociale dei membri dei gruppi familiari non è tanto legato alla forma che il gruppo assume, quanto alla qualità dei processi e delle dinamiche relazionali che si attualizzano al suo interno. Non sono né il numero, né il genere dei genitori a garantire di per sé la condizione di migliore sviluppo di un bambino, bensì la loro capacità di assumere questi ruoli e le responsabilità educative che ne derivano (...)».

⁶⁴ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, cit., 276.

⁶⁵ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, cit., 278-279, rileva come gli effetti del matrimonio (ad es.: pensione, assegni di mantenimento, permesso di soggiorno) «sono sempre risolvibili, se il controinteressato dia prova della mancanza del sostrato materiale (fatticità della convivenza), cioè che si sia in presenza di matrimoni (o unioni) senza famiglia».

⁶⁶ La giurisprudenza, com'è ovvio, nelle questioni di stato si è sempre concentrata sulla tutela del minore. È certamente la migliore protezione di quest'ultimo ad esigere, in certi casi, come si è rilevato, l'adozione in casi particolari. Tuttavia il Tribunale per i minorenni di Roma non si è sottratto, in ossequio a una pronuncia della Corte costituzionale (Corte cost., 15.4.2010, n. 138, in *Foro it.*, 2010, parte I, 1367 ss., con nota di R. ROMBOLI, *Per la Corte costituzionale le coppie omosessuali sono formazioni sociali ma non possono accedere al matrimonio*) ad un significativo riferimento alla rilevanza giuridica della convivenza omosessuale e al divieto di discriminazione di tali coppie rispetto a quelle eterosessuali. F. PROSPERI, *Parentela e famiglia nel prisma dell'unicità dello stato di figlio*, in *Il nuovo diritto di famiglia*, a cura di R. Pane, Napoli, 2015, 19 ss., conclude, dopo aver interpretato magistralmente l'art. 29, co. 1, Cost. alla luce del sistema della Carta fondamentale, che «Non vi è alcun ostacolo nel nostro ordinamento al riconoscimento in via interpretativa del carattere familiare delle stabili relazioni affettive di coppia, siano esse etero sessuali o omosessuali, nonché dei rapporti che, nell'ambito delle cc.dd. famiglie ricomposte, intercorrono tra il *partner* o il coniuge e i figli dell'altro, che sono situazioni tutt'ora prive di disciplina. A tal proposito il Trib. per i minorenni di Roma, n. 299/2014, cit., richiama Corte EDU-Grande Camera, 19.2.2013, *caso X e altri c. Austria*, ric. n. 19010/2007, secondo cui è discriminatoria la legge austriaca che ammette la *second parent adoption* per le coppie di fatto eterosessuali, negandola, invece, per le coppie omosessuali (art. 14 con riguardo all'art. 8 Cedu). Afferma la Corte EDU che «il Governo austriaco non ha dimostrato che la protezione della famiglia, intesa in senso tradizionale, e l'interesse del minore [necessitano] dell'esclusione delle coppie dello stesso sesso dalla *second parent adoption*».





genitore, diventando una figura di riferimento fondamentale per il figlio dell'altro.

Ora, com'è noto, nel nostro ordinamento non vi è alcuna disposizione che regoli espressamente questa situazione. Non esiste una disciplina specifica sul rapporto tra il genitore sociale e il figlio del partner. Pertanto, a un primo esame, al genitore di fatto sembra preclusa ogni azione volta a far valere un proprio diritto a continuare la relazione di tipo genitoriale instauratasi con il minore, né sussiste un analogo diritto del minore, stante la mancanza di un potere rappresentativo di quest'ultimo.

In verità il problema non è tanto quello di desumere dall'ordinamento nel suo complesso il diritto del minore di conservare quel rapporto consolidatosi negli anni con l'ex partner del genitore. Questo diritto - lo si è già sottolineato - esiste in ragione dei diversi indici normativi di cui si diceva. Gli sforzi devono pertanto appuntarsi su quale possa essere l'istituto idoneo ad attuarlo nella fattispecie in parola.

Va rimarcata l'importanza per il minore del legame forte instauratosi con l'adulto, tale per cui il primo consideri il secondo alla stregua di un genitore. È questa una vera e propria filiazione, seppur di fatto, che, in presenza di talune circostanze, si avvicina a quella formalizzata nell'atto di nascita sul presupposto della derivazione biologica. Ma allora se la differenza tra le due situazioni - filiazione giuridica/filiazione di fatto - risiede in un documento amministrativo, essendo esse assimilabili quanto alla sostanza del legame, è irragionevole negare ogni rilevanza giuridica alla filiazione di fatto, come ha notato un'attenta dottrina⁶⁷ quando il contesto normativo non era così ricco come quello attuale. Ne è ben consapevole la giurisprudenza più recente che ha oltrepassato lo *status*, dando rilievo al profilo affettivo-relazionale tra adulto e minore.

Il Tribunale di Palermo⁶⁸, con un'articolata motivazione, ha applicato l'art. 337-ter c.c. al

rapporto tra il genitore sociale e il figlio dell'ex partner, una volta cessata la convivenza omosessuale. Il termine «genitori» contenuto nel comma 1 viene scisso dalla componente biologica per unirsi al dato relazionale della genitorialità. Conseguentemente il tribunale stabilisce un calendario di incontri tra il genitore non biologico e il minore, comprensivo di un regime di frequentazione nelle festività civili, religiose e nel periodo estivo.

Elementi essenziali del *decisum* sono stati il principio del superiore interesse del minore, l'evoluzione della giurisprudenza della Corte EDU sul concetto di vita familiare di cui all'art. 8 Cedu, il diritto all'identità personale del minore e la convinzione - non ancora sconfessata dalla pedagogia - che l'omosessualità non sia un ostacolo di per sé ad una crescita regolare e armoniosa del bambino.

La vita familiare è una situazione, come si diceva, da valutare in concreto, che non dipende necessariamente dalla sovrastruttura della parentela (art. 74 c.c.) o del matrimonio. Indici di essa sono, secondo i giudici del merito, «il tempo vissuto insieme, la qualità delle relazioni, il ruolo assunto nei confronti del bambino e la percezione che quest'ultimo ha dell'adulto»⁶⁹. È evidente che, a fronte di una siffatta relazione, viene in gioco soprattutto il diritto fondamentale allo sviluppo dell'identità personale del minore, come esattamente rilevato dal tribunale di Palermo (art. 2 Cost. e art. 8 Convenzione Onu sui diritti dell'infanzia ratificata con l. n. 176/1991). Diritto inevitabilmente leso qualora l'ordinamento non assicuri, nella crisi della coppia omosessuale, la conservazione del rapporto di fatto tra il genitore sociale e il minore.

Secondo i giudici palermitani vi sarebbe spazio per un'interpretazione costituzionalmente e convenzionalmente orientata dell'art. 337-ter c.c., che consenta di dare rilievo al diritto alla continuità

⁶⁷ D. MESSINETTI, *Diritti della persona e identità della persona*, cit., 148, si chiede retoricamente se «non sia preferibile cominciare a dare il giusto rilievo alla effettività in concreto del rapporto tra adulto e minore, sì da far prevalere quest'ultima, e dunque l'identità, rispetto alla etichetta, rappresentata dallo *status* ed assegnata dalla legge ad uno o più soggetti in presenza di determinati elementi formali costitutivi di fattispecie».

⁶⁸ Trib. Palermo, decr. 6.4.2015, in www.ilcaso.it. Il caso è il seguente. Due donne iniziano una relazione affettiva nel corso della quale decidono di avere un figlio. Accedono a un programma di fecondazione eterologa che si conclude con la nascita di due gemelli. La donna non legata geneticamente ai nati, avendo condiviso il progetto procreativo con la propria compagna, si comporta come fosse la madre giuridica (c.d. madre sociale), pertanto alleva e sostiene, anche economicamente, la prole. Entrambe le donne, nell'intento

comune di formalizzare il rapporto tra i nati e colei che non ha partorito, adiscono il Tribunale per i minorenni di Palermo chiedendo di riconoscere la potestà (oggi: responsabilità genitoriale) anche in capo alla madre sociale. Ma il Tribunale e la Corte d'appello rigettano la domanda. Ciò nonostante, la famiglia si consolida nella composizione di due mamme (una giuridica e l'altra sociale) e due figli, formalmente riconducibili solo alla donna che ha partorito. Dopo sei anni di convivenza nella stessa abitazione tra le due donne e i gemelli, il rapporto tra gli adulti entra in crisi e la madre giuridica si allontana con i propri figli dall'abitazione di residenza, rendendo assai difficoltosa la frequentazione tra i figli stessi e l'ex compagna.

⁶⁹ Corte EDU, 27.4.2010, caso *Moretti e Benedetti c. Italia*, ric. n. 1631/07; Trib. Palermo, decr. 6.4.2015, cit., rileva come dalla CTU fosse emerso che i bambini riconoscevano la compagna della madre come «appartenente al loro sistema familiare nucleare in una posizione di seconda mamma».

affettiva e alla necessità di salvaguardare l'identità personale del minore nel suo miglior interesse⁷⁰. Poiché - si aggiunge - il comma 1 non specifica con riguardo a quale genitore (se solo di diritto o anche di fatto) debba essere esercitato il diritto del figlio di mantenere un rapporto equilibrato e continuativo, si può ritenere che egli possa essere anche quello di fatto.

La soluzione giurisprudenziale è frutto di un'interpretazione dell'art. 337-ter, co. 1, c.c. in chiave unitaria con le fonti sovraordinate, ma si espone a una forte obiezione. Gli artt. 337-ter ss. c.c. postulano il potere di esercitare la responsabilità genitoriale; un esercizio pieno con l'affidamento condiviso o ridotto in ragione dell'applicazione dell'affidamento esclusivo divenuto un istituto flessibile grazie alle modifiche apportate dal d. lgs. n. 154/2013 (cfr. art. 337-*quater* ult. co. c.c.). Tutta la disciplina del capo II del titolo IX del libro I ruota intorno all'esercizio della responsabilità genitoriale; invece, l'interesse fatto valere dal genitore sociale è del minore a non perdere la continuità del rapporto⁷¹.

È stata perciò prospettata un'altra soluzione che appare più rigorosa: applicare l'art. 333 c.c.⁷². Il

giudice, attraverso l'adozione dei «provvedimenti convenienti», può stabilire un calendario di incontri con chi, nella sostanza, abbia assunto il ruolo di secondo genitore. Il relativo procedimento dinanzi al tribunale per i minorenni è attivato non già dal genitore sociale - che non è legittimato all'esercizio dell'azione ex art. 333 c.c. - ma dal pubblico ministero (art. 336, co. 1, c.c.), il quale verrà indotto a presentare il ricorso dal genitore sociale che ritenga dannoso per il minore una brusca interruzione dei rapporti con sé medesimo determinata dalla decisione unilaterale del genitore giuridico.

Viene allora da ipotizzare un caso diverso: il genitore sociale, assunta di fatto la responsabilità della crescita del figlio del partner, si disinteressa all'improvviso del minore in conseguenza della rottura del rapporto di coppia. Ebbene, deve escludersi che siffatta condotta possa essere attuata senza conseguenze giuridiche⁷³. Non fosse altro perché la vita familiare, costituitasi nella forma della filiazione di fatto, non è cancellabile *ad libitum*. Chi è genitore o si assume tale compito non torna indietro (arg. ex artt. 244, co. 4, 263 co. 3 c.c., art. 305 c.c., art. 9 l. n. 40/2004, art. 8 Cedu). Se si è costituita la filiazione di fatto, il genitore sociale non può far mancare i mezzi di sostentamento al minore. Opinando diversamente si svuoterebbe un affidamento giuridicamente protetto, maturato dal minore e basato sullo svolgersi della vita familiare⁷⁴.

Deve ammettersi pertanto che, in applicazione dell'art. 333 c.c., il genitore giuridico o il pubblico ministero sia legittimato a chiedere al giudice, nell'ambito dei «provvedimenti convenienti», un provvedimento che disponga l'ordine di corrispondere al minore una somma mensile a titolo di mantenimento.

⁷⁰ La rilevanza giuridica della figura del genitore sociale è in linea con l'art. 337-ter, co. 1, c.c. nella parte in cui attribuisce al minore il diritto di conservare rapporti significativi con i parenti di ciascun ramo genitoriale. Ora, se il minore ha diritto di vedere un cugino, avrà diritto di continuare a frequentare una figura ben più importante come chi abbia assunto di fatto i doveri genitoriali?

⁷¹ Poiché l'interesse che viene in rilievo è del minore, non può sfuggire come il genitore sociale non abbia alcuna legittimazione ad agire in giudizio non essendo il rappresentante legale del medesimo. Si è reso pertanto necessario l'intervento del pubblico ministero per superare il difetto di legittimazione all'esercizio dell'azione. Nel caso di specie, la madre sociale non era legittimata ad agire ai sensi dell'art. 737 c.p.c. neppure in nome proprio non essendo titolare di alcun diritto.

⁷² Corte cost., sent. n. 225/2016 (rel.: M. R. Morelli), in *Guida al dir.*, 2016, 45, 67 ss., dichiara non fondata la questione di legittimità costituzionale dell'art. 337-ter c.c. sollevata dalla Corte d'Appello di Palermo, ord. 31.8.2015, cit., con riferimento agli artt. 2, 3, 30, 31 e 117 Cost. [quest'ultimo con riguardo all'art. 8 (Cedu)], «nella parte in cui [...] non consente al giudice di valutare, nel caso concreto, se risponda all'interesse del minore conservare rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico». La Corte d'Appello palermitana, nel ritenere impraticabile l'interpretazione costituzionalmente orientata dell'art. 337-ter c.c., ne ravvisa l'incostituzionalità perché lesivo: a) dei principi di ragionevolezza e di uguaglianza (art. 3 Cost.); b) del diritto del minore a una famiglia (artt. 2, 30 e 31 Cost.) e, nella specie, a mantenere rapporti significativi con l'ex partner del genitore biologico, anche se si tratti di famiglie omogenitoriali; c) del diritto dei genitori, dei figli e di altri soggetti uniti da relazioni familiari di fatto a mantenere stabili relazioni, anche nell'ipotesi di crisi della coppia, avuto riguardo sempre al preminente interesse del minore (art. 8 Cedu).

⁷³ A. GORGONI, *Filiazione e responsabilità genitoriale*, cit., 416 ss.

⁷⁴ Il fatto che la convivenza qualificata dalla riconoscibilità e dalla stabilità sia da considerare «assunta a valore assoluto dell'«ordine pubblico familiare»» è posto bene in rilievo da C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole «concetto» di ordinamento pubblico*, in *Nuova giur. civ. comm.*, 2016, 3, 481 ss. (ma cfr. p. 8 nella versione in *Leggi d'Italia on line*), la quale, nel commentare le sentenze gemelle della Cassazione a Sezioni unite n. 16379-16380/2014 sulla delibazione (da escludere in certi casi) delle sentenze ecclesiastiche di nullità del matrimonio canonico trascritto, sottolinea che la Suprema Corte ha individuato nella convivenza «la fonte di una pluralità di «diritti inviolabili» e «doveri inderogabili», di «aspettative legittime» e di «legittimi affidamenti» dei figli e dei coniugi stessi, sia come singoli sia nelle reciproche relazioni familiari». Il fatto convivenza, inquadrato nell'ordinamento, crea la pretesa e dunque il diritto. A tal proposito è emblematica la giurisprudenza sulla tutela possessoria dell'ex convivente *more uxorio* (Cass., 21.3.2013, n. 7214, Cass., 5.9.2014, n. 19523 e Cass., 2.1.2014, n. 7, tutte in *Leggi d'Italia on line*).

Non solo: è risarcibile il danno non patrimoniale qualora l'abbandono improvviso del minore da parte del genitore sociale ne abbia pregiudicato la personalità in formazione e l'identità.

Sarebbe opportuno, tuttavia, che il legislatore introducesse una disposizione sulla genitorialità sociale, stabilendo i presupposti di esistenza della stessa. Andrebbero altresì regolamentati i diritti e le azioni disponibili dai soggetti interessati, anche per dirimere eventuali contrasti con il genitore giuridico.

5. Surrogazione di maternità, ordine pubblico e diritto del figlio alla conservazione dello *status filiationis*.

La surrogazione di maternità, com'è noto, è vietata nel nostro ordinamento. Essa non è ammessa, diversamente da altri paesi, neppure quando sia la coppia committente a fornire i propri gameti per la formazione dell'embrione da impiantare nell'utero di un'altra donna. In questo caso, sebbene la gestante conduca la gravidanza senza che via sia un legame genetico col nascituro (c.d. surroga biologica portante), il contratto di nascita è ugualmente nullo e madre è, secondo il diritto italiano, la donna che ha partorito.

La fattispecie incriminatrice è ampia. È punita non solo la condotta realizzativa della surroga, ma anche l'organizzazione e l'attività pubblicitaria di tale pratica (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004). La sanzione penale, piuttosto consistente, è volta a dissuadere i consociati dal porre in essere una tecnica riproduttiva riprovata dalla legge giacché pericolosa e innaturale. Vi sarebbe il rischio di sfruttamento delle donne sole ed economicamente deboli⁷⁵ e della lesione della dignità della gestante per altri e del nato. Senza tacere della difficoltà di regolare certe situazioni che potrebbero verificarsi quali le imprudenze della gestante, le malformazioni del nascituro e la mancata consegna del nato. Tutte ipotesi queste legate all'inadempimento dell'accordo di surroga e ben conosciute dal diritto statunitense⁷⁶. Infine e non da

ultimo, sul versante dei principi generali della filiazione, non è agevole giustificare la disponibilità dello stato di figlio per volontà delle parti.

L'accordo di surroga di maternità è dunque nullo per contrarietà a norma imperativa. La quale proibisce il *pactum* in quanto tale, ossia il fatto stesso della sua conclusione (c.d. reato-contratto). Da qui la nullità sulla scorta di una notissima pronuncia della Cassazione a Sezioni unite che ha ricalibrato la discussa⁷⁷ distinzione tra regole di validità e regole di comportamento, rivedendo l'ambito applicativo dell'art. 1337 c.c. e dell'art. 1418 co. 1 c.c.

Il divieto di surrogazione della maternità non ha, tuttavia, eliminato in radice ogni problema concernente la filiazione e lo stato di figlio, né deve lasciar credere che l'ordine pubblico escluda in ogni caso la validità di un accordo di surroga concluso legittimamente in un altro Paese⁷⁸.

Occorre distinguere due situazioni.

Nella prima una coppia sterile, sposata o convivente *more uxorio*, si reca in un altro Paese nel quale, attraverso la donazione di gameti maschili e femminili e la disponibilità di una donna alla gravidanza, fa nascere un bambino di cui si assume la responsabilità. Nella seconda, il nato è, invece,

estremamente ricco dei problemi che possono determinarsi durante l'esecuzione del contratto di surrogazione di maternità. Le parti possono entrare in conflitto con riguardo a una cattiva gestione della gravidanza, all'interruzione della gravidanza, alla necessità di interventi terapeutici sul feto e alla mancata consegna del nato. Tra i Paesi che ammettono la surrogazione di maternità, sia pur con differenze nella disciplina, figurano, tra gli altri: Ucraina, Russia, Grecia, Albania, Georgia, Paesi Bassi, Regno Unito e Stati Uniti.

⁷⁷ Cass. Sez. un., 19.12.2007, n. 26724 e 26725, in *Contr. e impr.*, 2008, 4-5, 936 ss., con nota di F. PROSPERI, *Violazione degli obblighi di informazione nei servizi di investimento e rimedi contrattuali* (...); in *Obblig. e contr.*, 2008, 104 ss., con nota di G. VETTORI, *Regole di validità e regole di responsabilità di fronte alle Sezioni unite. La buona fede come rimedio risarcitorio*; in *Danno e resp.*, 2008, 536 ss., con nota di V. ROPPO, *La nullità virtuale del contratto dopo la sentenza Rordorf*. Particolarmente critico - e a ragione - nei confronti di questa pronuncia è G. PERLINGIERI, *L'inesistenza della distinzione tra regole di comportamento e di validità nel diritto italo-europeo*, cit., 31 ss., in part. cfr. pp. 84-93 sulla scelta da parte dell'interprete del giusto rimedio sulla base della *ratio* della disposizione disattesa e degli interessi. Cfr. anche Corte cost., 2.4.2014, n. 77, in *Contratti*, 2014, 10, 853 ss., con nota di S. PAGLIANTINI, *L'equilibrio soggettivo dello scambio e (l'integrazione) tra Corte di giustizia, Corte costituzionale e ABF: "Il mondo di ieri" o un Trompe l'oeil concettuale?*

⁷⁸ Sulla crisi della sovranità territoriale dello Stato e sui problemi nuovi generati dalla migrazione e dalla globalizzazione cfr. A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, Roma-Bari, 2007, 83 ss. Ad essi si deve rispondere non già chiudendo l'ordinamento e innalzando barriere alla circolazione dei diritti, ma sforzandosi di costruire un ordine pubblico europeo basato sui diritti fondamentali.

⁷⁵ Nel diritto europeo esiste il principio di gratuità a tutela della dignità della persona. Stabilisce l'art. 3, co. 2, let. b) Carta diritti fondamentali UE che «nell'ambito della medicina e della biologia devono essere in particolare rispettati: c) il divieto di fare del corpo umano e delle sue parti in quanto tali fonti di lucro». Disposizione, questa, che ha un precedente nell'art. 21 della Convenzione di Oviedo sui Diritti dell'uomo e la biomedicina.

⁷⁶ Queste situazioni sono ben note negli Stati Uniti in cui vige un modello contrattuale di surrogazione, avente ad oggetto servizi personali da parte della gestante. C. SHALEV, *Nascere per contratto*, Milano, 1992, 133 ss. offre un quadro



legato geneticamente ad almeno uno dei due componenti della coppia committente.

La prima vicenda è stata oggetto di un intervento della Cassazione⁷⁹, la quale ha confermato la pronuncia della Corte d'appello di Brescia, secondo cui il certificato di nascita ucraino, regolarmente munito di apostille, non poteva essere riconosciuto in Italia ai sensi dell'art. 65 l. n. 218/1995 perché contrario all'ordine pubblico internazionale. Di conseguenza il nato, trovandosi in stato di abbandono giacché privo di genitori (giuridici), doveva essere dichiarato adottabile.

La motivazione della Suprema Corte non è condivisibile, poiché proprio ragionando sul concetto di ordine pubblico internazionale si può, invece, ammettere il riconoscimento in Italia dello stato di figlio nato mediante una tecnica riprovata nel nostro paese.

Secondo una più recente sentenza della Cassazione⁸⁰, l'ordine pubblico internazionale non coincide con le norme inderogabili dello Stato, espressione, talvolta, di scelte legislative discrezionali non imposte dall'attuazione di principi e valori costituzionali. Quando ciò accade, non è corretto respingere un provvedimento straniero soltanto perché confliggente con una o più norme imperative di tal genere. L'ordine pubblico internazionale deve intendersi, secondo i Supremi giudici, in un'accezione ristretta, agganciato alla legalità costituzionale che è aperta alla normativa dell'Unione europea e internazionale (art. 117 Cost.). Ciò significa che un divieto interno posto da una norma imperativa, per poter impedire la recezione di un provvedimento straniero, deve avere la sua ragion d'essere nella tutela di diritti fondamentali e dell'ordine pubblico costituzionale⁸¹.

⁷⁹ Cass., 11.11.2014, n. 24001, in *Corr. giur.*, 2015, 4, 471 ss., con nota di A. RENDA, cit.; in *Nuova giur. civ. comm.*, 2015, 3, 10235 ss., con nota di C. BENANTI, *La maternità è della donna che ha partorito: contrarietà all'ordine pubblico della surrogazione di maternità e conseguente adottabilità del minore*.

⁸⁰ Cass., 30.9.2016, n. 19599, in *Leggi d'Italia on line*. Il caso riguarda una coppia di donne sposate in Spagna che accede legittimamente alla procreazione medicalmente assistita. Una delle due fornisce i propri ovuli, fecondati da un donatore di seme, l'altra porta a termine la gravidanza. Vi è stata la condivisione di un progetto di genitorialità che la legislazione spagnola ammette nei termini appena riassunti; di conseguenza viene formato un atto di nascita dal quale risultano due genitori dello stesso sesso. Successivamente la coppia si trasferisce in Italia e chiede la trascrizione dell'atto di nascita regolarmente formato in Spagna. Prende campo una vicenda giudiziaria che termina in Cassazione con la conferma della pronuncia della Corte d'appello di Torino, che aveva ordinato all'ufficiale dello stato civili italiano di trascrivere l'atto di nascita straniero.

⁸¹ Afferma Cass., 30.9.2016, n. 19599, cit., che l'ordine pubblico internazionale va inteso come il «complesso dei

Quest'orientamento è stato confermato da un'attesa sentenza delle Sezioni Unite della Cassazione che, pronunciandosi sulla questione della delibazione di sentenze straniere di condanna ai *punitive damages*, respinge altre impostazioni giurisprudenziali talvolta ambigue⁸². In essa si afferma che l'ordine pubblico internazionale, argine all'ingresso dei provvedimenti assunti in altri paesi, «è diventato il distillato del sistema di tutele approntate a livello sovraordinato rispetto a quello della legislazione primaria, sicché occorre far riferimento alla Costituzione e, dopo il trattato di Lisbona, alle garanzie approntate ai diritti fondamentali dalla Carta di Nizza, elevata a livello dei trattati fondativi dell'Unione europea dall'art. 6 TUE»⁸³. Il giudice italiano è chiamato perciò a compiere una verifica piuttosto complessa: se il recepimento degli effetti della sentenza straniera confligga con il contenuto e l'interpretazione della Costituzione, come integrata dal parametro normativo sovranazionale (art. 117 Cost.), e con quelle leggi attuative dell'ordinamento costituzionale⁸⁴. In caso contrario egli dovrà delibare.

I benefici di quest'impostazione sono almeno due. Da un lato si apre l'ordinamento italiano a valori e a regole esterne ad esso, la cui conoscenza da parte delle nostre istituzioni e dei giuristi può portare, tra l'altro, ad una revisione della disciplina vigente. Dall'altro si rafforzano, garantendone una maggiore effettività, quei diritti, valori e principi costituzionali e sovranazionali che fondano il sostrato ineludibile delle interpretazioni della

principi fondamentali caratterizzanti l'ordinamento interno in un determinato periodo storico, ma ispirati ad esigenze di tutela dei diritti fondamentali dell'uomo, comuni ai diversi ordinamenti e collocati a un livello sovraordinato rispetto alla legislazione ordinaria».

⁸² V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, in *Fonti, metodo e interpretazione*, a cura di G. Perlingieri e M. D'Ambrosio, Napoli, 2017, 409-420, le ricorda criticandole, soprattutto quelle che finivano col separare l'ordine pubblico internazionale da quello dei singoli Stati nazionali, finendo col creare un'area del diritto trascendente quello di questi ultimi.

⁸³ Cass. Sez. un., 5.7.2017, n. 16601, in www.cassazione.net, § 5.3.

⁸⁴ La Cass. Sez. un., 5.7.2017, n. 16601, cit., non nega in via di principio che la sentenza con condanna ai danni punitivi possa essere delibata. Tuttavia il giudice interno dovrà verificare: che lo Stato di provenienza abbia una norma di legge («o simile fonte») che preveda la condanna ai danni punitivi, in ragione della nostra riserva di legge in materia di prestazioni patrimoniali (art. 23 Cost. e art. 49 Carta dei diritti fondamentali UE); che la fattispecie di condanna sia prevedibile (art. 25, co. 2, Cost.); che la sanzione irrogata non sia sproporzionata (art. 49 Carta dei diritti UE). Si tratta dei principi costituzionali di tipicità e di prevedibilità. Nel paese di provenienza «dovrà esservi precisa perimetrazione della fattispecie (tipicità) e puntualizzazione dei limiti quantitativi delle condanne irrogabili (prevedibilità)».

legislazione ordinaria. Con il risultato ultimo di spingere gli ordinamenti europei verso una maggiore condivisione regolamentare su questioni di primario rilievo come quelle inerenti la filiazione.

Il singolo divieto di diritto interno, slegato dalla Costituzione, può al più costituire un tassello di una determinata linea di *policy* contingente. In tal caso il provvedimento straniero non può essere respinto per contrasto con una tale disposizione. E a ben vedere il divieto di surroga non contribuisce a disegnare un ordine pubblico costituzionale. Anzi valgano le seguenti considerazioni, seppur nella consapevolezza della estrema delicatezza e diversità di opinioni che circondano il tema in parola.

La surroga biologica di maternità a titolo gratuito potrebbe essere introdotta nel nostro ordinamento senza confliggere con alcun principio costituzionale. Almeno laddove si intenda favorire, in attuazione del principio di solidarietà (art. 2 Cost.), il dono del proprio ventre tra donne appartenenti alla stessa famiglia⁸⁵. Indubbiamente l'art. 30, co.1, Cost. pone il principio della biologicità, instaurando un nesso tra procreazione (quindi gravidanza) e responsabilità⁸⁶. Ma la

disposizione - almeno così sembra a chi scrive - si limita a precludere a chi abbia procreato di dismettere i doveri genitoriali, attraendo alla giuridicità il fatto della nascita, senza al contempo impedire radicalmente al legislatore di fondare lo stato di figlio sulla mera assunzione di responsabilità slegata dal legame genetico (e dalla gravidanza). Il nostro divieto di surroga di maternità è, dunque, una scelta di politica legislativa, non già imposta dalla Costituzione, ma dalla legge n. 40/2004 e dall'art. 269, co. 3, c.c.⁸⁷

Ad ogni modo, ciò che ci interessa più da vicino è un aspetto eventuale della surroga, legittimamente praticata in un altro paese. Ove risulti un significativo legame affettivo tra chi si è assunto la responsabilità della nascita e il nato, esso andrebbe comunque salvaguardato dallo Stato italiano. Ciò a tutela del diritto - questo sì costituzionale - del minore alla continuità del legame affettivo anche in mancanza del legame genetico⁸⁸.

L'interpretazione dell'art. 8 Cedu, sui cui ci siamo già soffermati, integra il nostro ordinamento, ponendosi ad un livello gerarchico superiore a quello della legge ordinaria. Di più: la rilevanza del rapporto di filiazione di fatto trova riscontro nella Costituzione ed esattamente nel principio personalistico - nucleo della Carta Fondamentale - nella tutela dell'identità personale e della salute di ogni individuo (artt. 2 e 32) e, più nello specifico, dei minori di età (artt. 31, co. 2). Senza mai dimenticare che l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente e conformare ogni decisione, contro ogni facile e talvolta asfittica sussunzione nella fattispecie legale, finanche espressa da una norma imperativa⁸⁹. La cui

⁸⁵ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, Roma-Bari, 2017, 52. Ritenere che anche nella fattispecie concreta descritta nel testo - di solidarietà familiare - la surroga sia contraria alla dignità della donna sembra a chi scrive una forzatura, costituendo un uso ideologico del concetto di dignità umana. La posizione di Rodotà sul rapporto tra autodeterminazione e controllo pubblico è equilibrata e in linea con i principi costituzionali. L'Autore, con riguardo alla salute, nell'accezione nota proveniente dall'Organizzazione mondiale della sanità, sostiene che «la dimensione soggettiva del benessere (...) è sottratta all'eterodeterminazione, a quel potere di ingerenza precluso dalle parole finali dell'art. 32: la legge non può in nessun caso violare i limiti imposti dal rispetto della persona umana». Ciò naturalmente, soggiunge l'Autore, «non legittima distanza e disinteresse da parte dei poteri pubblici, ai quali spetta comunque il dovere di garantire le condizioni necessarie perché la costruzione soggettiva del benessere possa avvenire in un'ambiente dove garanzia dei diritti e accesso ai servizi siano rispettati». Quindi, ogni persona deve essere libera di decidere cosa contribuisca al proprio benessere fisico-psichico, tenendo conto, in funzione di controlimite, del rispetto della cornice dei diritti fondamentali. È, questa, una dialettica spesso non univoca nell'esito interpretativo, stretta com'è tra due forze da avversare: il paternalismo a fini ideologici e l'individualismo.

⁸⁶ R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, in corso di pubblicazione, ritiene che il principio di biologicità, essendo di rilievo costituzionale, impedirebbe l'ingresso nel nostro paese di atti nascita formati all'estero sulla base della surroga biologica di maternità. Ma si può replicare che in questo caso non venga in gioco il principio di biologicità/generazione legato all'assunzione dei doveri (o che comunque esso non ostacoli l'affermarsi della genitorialità), bensì l'assunzione di responsabilità quale fondamento della filiazione. E non si può escludere che, nel nostro ordinamento, l'assunzione della responsabilità slegata dal legame genetico possa essere alla base dello stato di figlio.

⁸⁷ G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., 7 (versione in *Leggi d'Italia on line*), sostiene che l'art. 269, co. 3, c.c. detti una disposizione sulla prova che «non definisce la maternità, ma individua gli strumenti per accertarla, non una regola irrinunciabile, di rilevanza costituzionale, ma una norma di legge ordinaria che il legislatore potrebbe eventualmente modificare».

⁸⁸ V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 441-442, quanto alla surroga di maternità distingue esattamente tra il piano astratto e quello concreto della valutazione giuridica. Se con riguardo al primo la pratica *de qua* può sembrare in contrasto con il principio fondamentale della dignità umana, sul secondo, trattandosi di stabilire quale sia lo *status* del figlio, non si può escludere *a priori* che il riconoscimento del provvedimento straniero sia conforme all'ordine pubblico internazionale.

⁸⁹ La Corte EDU, 27.1.2015, *Paradiso e Campanelli c. Italia*, ric. n. 25358/12, in www.echr.coe.int, afferma che «il riferimento all'ordine pubblico non può essere preso come una carta bianca che giustifichi qualsiasi misura [da parte dello Stato membro], in quanto l'obbligo di tenere in considerazione l'interesse superiore del minore incombe allo Stato indipendentemente dalla natura del legame genitoriale, genetico



interpretazione, in ragione delle sollecitazioni poste dal caso concreto, non può mai essere separata dalle indicazioni che provengono dalla totalità dell'ordinamento.

Ma allora, com'è stato autorevolmente rilevato⁹⁰, non è corretto separare l'ordine pubblico interno da quello internazionale; esiste una «nozione unitaria di ordine pubblico, sintesi di normative ricollegabile a fonti diverse, ma pur sempre espressione dei principi identificativi dell'assiologia costituzionale di una complessa civiltà storicamente condizionata».

Se l'interprete si sforza di effettuare la sintesi suggerita dalla dottrina e dalla giurisprudenza più recente⁹¹, da rinnovarsi ogni qualvolta si debba decidere sulla ricevibilità di un atto straniero⁹², appare semplicistico ritenere che, stante il divieto interno di surroga di maternità, non possa mai essere riconosciuto il certificato di nascita debitamente apostillato. Sebbene nel caso giunto in Cassazione non vi fosse alcun legame genetico tra il nato e la coppia committente, il giudice interno deve verificare se tra questi soggetti si sia creato un rapporto tale da esprimere la sostanza della filiazione. In un contesto ordinamentale in cui lo *status*, come è stato esattamente rilevato, non

o di altro tipo». Di ciò c'è un segnale importante nella normativa europea: l'art. 23 del Reg. (CE) n. 2201/2003 del Consiglio (sulla competenza, riconoscimento e esecuzione delle decisioni in materia matrimoniale e di responsabilità genitoriale), stabilisce che la valutazione della manifesta contrarietà all'ordine pubblico dello Stato membro richiesto dell'esecuzione della decisione giudiziale deve essere svolta «tenuto conto dell'interesse superiore del minore». C'è quindi una chiara subordinazione dell'ordine pubblico all'interesse concreto di quel minore in relazione al contesto fattuale di riferimento.

⁹⁰ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, in *Dir. delle suss. e della fam.*, 2017, 1 183-184.

⁹¹ F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, cit., 1035-1038, pur dubitando che a fronte della diffusione del diritto comunitario il sistema possa assumere il tratto della unicità, tiene fermo l'obiettivo di ogni interprete di sforzarsi di far emergere l'unità e la coerenza dell'ordinamento. In giurisprudenza oltre a Cass., n. 19599/2016, cit. cfr. anche Cass., 22.8.2013, n. 19405, in *Leggi d'Italia on line*, in cui si afferma che «del resto, in un sistema plurale, di cui è partecipe il nostro ordinamento, non può ignorarsi la sinergia che proviene dall'interazione delle fonti sovranazionali con quelle nazionali. Si tratta di una combinazione, articolata e complessa, che si riflette sulla portata stessa dell'ordinamento interno, il quale così risulta diversamente modulato a seconda del *modus operandi* del rapporto che è instaurato tra esso e la fonte sovranazionale o internazionale interagente».

⁹² Anche C. IRTI, *op. cit.*, 8-9 (versione in *Leggi d'Italia on line*), accoglie una nozione unitaria di ordine pubblico e svolge un ragionamento lucidissimo sulla trascrivibilità dei matrimoni *same sex* contratti all'estero.

risponde «soltanto al principio di verità [ma] anche a quello di responsabilità»⁹³.

Se così è, l'interesse concreto del minore può consistere non già nella dichiarazione dello stato di adottabilità, ma nella conservazione - non confliggente con l'art. 30, co.1, Cost. - dello stato di figlio⁹⁴ (artt. 13, co. 3, 33 coo. 1 e 2 l. n. 218/1995 e soprattutto art. 8, co. 1, Conv. di New York che prevede il diritto del fanciullo di preservare la propria identità, il nome e le relazioni familiari)⁹⁵.

Quanto alla seconda situazione di surroga sopra evocata, va subito rilevato che essa, diversamente dalla prima, non reca il rischio che la coppia committente, al ritorno in Italia, veda dichiarato lo stato di adottabilità. Ciò in ragione dell'esistenza del legame genetico con almeno uno dei membri della coppia. Sono, tuttavia, necessarie alcune puntualizzazioni.

Si ipotizzi che il legame genetico sia con la donna che abbia commissionato la surroga, la quale, con il consenso del marito o del partner, si sia avvalsa del seme di un terzo per la formazione dell'embrione impiantato nella donna-gestante. Per

⁹³ G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., 4 (versione in *Leggi d'Italia on line*), argomenta dal secondo riconoscimento (art. 250 c.c.) e dalla dichiarazione giudiziale di paternità, rifiutabili pur in presenza del legame biologico ma contrari all'interesse concreto del minore (artt. 244 co. 4 e 263 co. 3 e dall'art. 9, co. 1, l. n. 40/2004). L'autrice aggiunge che le regole di attribuzione dello stato di figlio non sono più orientate da una logica sanzionatoria come dimostra sia l'art. 251 c.c. sia la giurisprudenza della Corte costituzionale contraria all'automatica decadenza dalla responsabilità genitoriale (Corte cost., n. 31/2012 e n. 7/2013).

⁹⁴ U. SALANITRO, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, in *Trattato di diritto di famiglia*, diretto da G. Bonilini, *La filiazione e l'adozione*, Milano, 2016, IV, 3748-3749, coglie l'incoerenza della sentenza n. 24001/2014 della Cassazione rispetto alla giurisprudenza della Corte EDU sul diritto al rispetto della vita familiare. L'Autore ritiene, invece, discutibile la sentenza *Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit., in ragione delle seguenti considerazioni: 1) brevità del periodo di nove mesi dalla nascita per ritenere consolidato il legame familiare tra il minore e la coppia; 2) assenza del legame genetico con la coppia e illegalità della pratica svoltasi in Russia ove è ammessa la surrogazione di maternità purché almeno uno dei committenti sia legato geneticamente al minore. I dubbi sono certamente perspicui sebbene non spostino, come riconosce lo stesso Autore, il dato che oggi sta emergendo con sempre maggiore forza: la rilevanza giuridica della filiazione di fatto. Una rilevanza che tendenzialmente prescinde dall'esistenza o meno del legame genetico con chi si è comportato come fosse genitore e dal rispetto delle regole di procreazione medicalmente assistita.

⁹⁵ G. FERRANDO, *op. ult. cit.*, 5, sottolinea un punto importante: la Cassazione, come ha già fatto il legislatore con il nuovo art. 251 c.c., «separa comportamento dei genitori e diritti del bambino. Il diritto del bambino all'identità ed alla continuità dello *status* è un valore in sé che non può essere sacrificato in modo strumentale per sanzionare il comportamento dei genitori».

l'ordinamento italiano è madre colei che ha partorito (art. 269, co. 3, c.c.), la quale, però, nella vicenda in parola, ha consegnato il neonato, non potendo peraltro riconoscerlo secondo la normativa del suo paese.

Si dovrà ammettere che la donna italiana committente, essendo la madre genetica, possa legittimamente riconoscere il figlio. A tale soluzione non è di ostacolo l'art. 269, co. 3, c.c., se interpretato sistematicamente alla luce del rinnovato quadro assiologico della filiazione.

Sono due gli elementi sui cui far leva, entrambi rilevanti ai fini della costituzione dello stato di figlio. Da un lato il legame genetico è tradizionalmente l'elemento posto a fondamento dello stato di figlio, dall'altro, l'assunzione di responsabilità della nascita da parte della committente, insita nella scelta procreativa assistita, si pone nel caso *de quo* quale ulteriore elemento costitutivo dello *status filiationis*. Su quest'ultimo punto basti richiamare ancora una volta almeno gli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3 c.c. e la dichiarazione di incostituzionalità del divieto della procreazione eterologa.

Il dato genetico e l'assunzione di responsabilità, ove concorrano, escludono la configurabilità dello stato di abbandono e, dunque, la dichiarazione di adottabilità. Si aggiunga, come è emerso dalla giurisprudenza della Corte EDU, che il tempo trascorso dalla nascita avvenuta in un altro paese e l'intensità e serietà del legame affettivo ostacolano un qualsivoglia provvedimento dell'autorità con cui si ordini il distacco del nato dalla coppia che lo abbia accudito.

Se, invece, il legame genetico è con l'uomo (committente), questi, tornato in Italia con la coniuge o con la convivente *more uxorio*, ha diritto di riconoscere il nato dalla surroga di maternità. Ma v'è di più. Come si è rilevato *supra* al § 3, il partner, anche omosessuale del genitore biologico, può presentare domanda di adozione in casi particolari del figlio di quest'ultimo ai sensi dell'art. 44 let. d) l. n. 184/1983. Il tribunale per i minorenni dichiarerà l'adozione qualora sussista un rapporto di filiazione di fatto, l'idoneità affettiva e la capacità di educare ed istruire il minore da parte dell'adottante; aspetti questi da indagare ad opera dei servizi sociali (art. 57, co. 3, let. a l. n. 184/1983).

L'insieme delle considerazioni svolte induce a una considerazione: la nullità del contratto di surroga di maternità non preclude in assoluto il riconoscimento statale della costituzione dello stato di figlio nato mediante tale tecnica. L'ordine pubblico internazionale - è stato rilevato - si pone quale «fondamentale strumento di controllo della

disciplina applicabile al caso concreto»⁹⁶. E il controllo non si concentra semplicemente sulla natura della norma, imperativa o meno; decisiva è la conformità degli effetti derivanti dall'applicazione della legge straniera ai principi e ai valori fondamentali.

Il sistema della filiazione, riletto in un quadro ordinamentale unitario, consente di ammettere la trascrizione di atti di nascita formati all'estero in contrasto con il divieto di cui all'art. 12, co. 6, l. n. 40/2004⁹⁷, quando ciò attui diritti fondamentali del minore. Il sistema giuridico non è un monolite che in quanto tale preesiste all'interprete coartandone l'interpretazione, ma è una realtà viva e in movimento, nutrita dal contenuto mutevole dei principi, dei valori e delle disposizioni di legge interne, europee e internazionali. E la soluzione del caso concreto deve rispecchiare questo movimento, talvolta apparentemente dissonante nelle manifestazioni normative e nella consolidazione temporanea⁹⁸.

Bisogna diffidare dalle pronunce le cui motivazioni non mostrino l'evoluzione normativa dell'ordinamento: legare il presente al passato rafforza il *decisum* rendendolo reiterabile. Sotto quest'ultimo profilo appare coerente una pronuncia della Corte costituzionale sugli effetti delle pronunce della Corte EDU nel diritto interno⁹⁹.

⁹⁶ V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 443.

⁹⁷ Il divieto legale di surrogazione di maternità (art. 12, co. 6, l. n. 40/2004) non entra in contraddizione con il riconoscimento da parte dell'Italia di atti di nascita legittimamente formati in altri paesi che ammettono tale pratica riproduttiva. Una cosa è la valutazione legislativa astratta e apriori di immeritevolezza della surroga di maternità, altra cosa è valutare gli effetti in Italia di un rapporto di filiazione già esistente e costituito in un altro paese. Qui il giurista non si confronta soltanto con le ragioni del nostro divieto, ma anche, più ampiamente, con la posizione giuridica del nato, con i suoi diritti e con la rilevanza giuridica della filiazione non biologica. Ecco allora la necessità di ricostruire l'ordine pubblico, il quale indica due direttrici di fondo della filiazione: il legame biologico tra generante e generato e la filiazione di fatto nel contesto della preminenza dell'interesse del minore. Una preminenza che si impone anche sulle ragioni del divieto di surrogazione di maternità. Ne può conseguire la legittimità della conservazione dello stato di figlio nei confronti della coppia committente priva di legami genetici col nato, come pure della domanda di adozione da parte di quel membro della coppia committente non legato geneticamente al nato.

⁹⁸ V. BARBA, *L'ordine pubblico internazionale*, cit., 446 ss., sviluppa diversi esempi da cui si coglie come un certo accordo tra le parti possa essere assoggettato a una disciplina opposta a seconda che esso sia regolato da una norma italiana (si avrà la nullità del patto) o da quella di un altro Paese (validità dell'accordo). Il che non svela l'irrazionalità di sistema, quanto piuttosto conferma la necessità di trarre la regola dalla dialettica inesauribile tra norma e fatto.

⁹⁹ Corte cost., 26.3.2015, n. 49, in *Foro it.*, 2016, 5, 1, 1623. La questione di legittimità costituzionale è stata sollevata sulla base di quanto sostenuto dalla Corte EDU nel caso *Varvara*



| 172

Secondo i giudici di legittimità, non tutte le pronunce della Corte EDU sono vincolanti per il giudice interno nell'interpretazione di un articolo della Cedu. Lo sono soltanto quelle che esprimono un «diritto consolidato» («*well-established case-law*»), ovvero che costituiscono «sentenze pilota in senso stretto»¹⁰⁰.

Orbene, è senza dubbio consolidata l'interpretazione dell'art. 8 Cedu secondo cui la vita familiare è una situazione di fatto che, in quanto tale, preesiste al diritto e ai suoi istituti giuridici. Il legame affettivo tra due adulti o tra un adulto e un minore, consolidato nel tempo, esige rispetto dall'ordinamento statuale che, di conseguenza, non può annientarlo né sminuirlo riconducendolo a qualcosa di diverso dalla filiazione. Quest'interpretazione dell'art. 8 Cedu arricchisce la Costituzione¹⁰¹, valorizzando la relazione duratura tra soggetti non fondata sul matrimonio o sulla parentela, così da poterla qualificare, senza violare l'art. 30, co.1 Cost., di filiazione. Diverse e significative, come si è già rilevato, sono state le pronunce giudiziali interne che hanno tutelato la filiazione di fatto e in anni più risalenti il convivente *more uxorio*¹⁰².

contro Italia (29.10.2013, ric. n. 17475/2009) con riguardo alla sanzione della confisca disposta dal giudice italiano anche in assenza di una sentenza di condanna per il reato di lottizzazione abusiva ma, comunque, previo accertamento della responsabilità penale in tutti i suoi elementi.

¹⁰⁰ Afferma Corte cost., 26.3.2015, n. 49, cit., che vi sono taluni indici idonei a indurre il giudice nazionale a non sentirsi vincolato a recepire una determinata interpretazione della Corte EDU. Essi sono: «la creatività del principio affermato, rispetto al solco tradizionale della giurisprudenza europea; gli eventuali punti di distinguo, o persino il contrasto, nei confronti di altre pronunce della Corte di Strasburgo; la ricorrenza di opinioni dissenzianti, specie se alimentate da robuste deduzioni; la circostanza che quanto deciso promana da una sezione semplice, e non ha ricevuto l'avallo della Grande Camera; il dubbio che, nel caso di specie, il giudice europeo non sia stato posto in condizione di apprezzare i tratti peculiari dell'ordinamento giuridico nazionale, estendendovi criteri di giudizio elaborati nei confronti di altri Stati aderenti che, alla luce di quei tratti, si mostrano invece poco confacenti al caso italiano».

¹⁰¹ Corte cost., 26.3.2015, n. 49, cit., afferma la superiorità assiologica e gerarchica della Costituzione rispetto alla Cedu qualora – ma è un'eventualità eccezionale – l'interpretazione consolidata del dettato normativo della Cedu dovesse contrastare con la Costituzione. In tal caso, il giudice interno dovrà sollevare questione di legittimità costituzionale della legge di adattamento n. 848/1955, in quanto questa permetterebbe l'ingresso nell'ordinamento italiano di una norma incostituzionale (*id est*: di un articolo della Cedu che così come interpretato dalla giurisprudenza consolidata della Corte EDU è antinomico rispetto alla Costituzione).

¹⁰² Cfr. Cass., 28.3.1994, n. 2988, in *Leggi d'Italia on line*, *leading case* in tema di risarcimento del danno patrimoniale e non patrimoniale al convivente *more uxorio* per l'uccisione del partner.

Ma il tema del recepimento in Italia di provvedimenti stranieri di filiazione va sviluppato ulteriormente, anche perché una parte della dottrina è molto critica contro soluzioni di accoglimento, invocando la contrarietà all'impianto costituzionale di cui agli artt. 29-31.

6. Adozione omosessuale piena disposta in un altro paese, adozione internazionale e riconoscimento in Italia.

Il concetto di ordine pubblico che sia assume è decisivo per valutare anche l'ingresso in Italia del provvedimento di adozione piena omosessuale, legittimamente disposta in un altro paese o di adozione internazionale (artt. 29 ss. l. n. 184/1983). La normativa di riferimento prevede la contrarietà, talvolta qualificata «manifesta», all'ordine pubblico quale limite al riconoscimento di atti di ordinamenti stranieri [artt. 41 e 64 let. g) l. n. 218/1995, art. 24 Conv. Aja 29.5.1993, ratificata con l. n. 476/1998].

Si è già rilevato come l'ordine pubblico internazionale, secondo la Cassazione più recente¹⁰³, debba essere riferito non già alle norme inderogabili ma alla legalità costituzionale e sovranazionale. Solo il superamento di tale limite impedisce all'atto straniero di produrre effetti in Italia e così di circolare¹⁰⁴. Il solo fatto che non vi sia corrispondenza tra la regola straniera e quella italiana non è di per sé ragione sufficiente per respingere il prodotto estero. E nei casi che si andranno ad esaminare tale corrispondenza non c'è, poiché, com'è noto, la legge sull'adozione ammette soltanto i coniugi (dunque le coppie eterosessuali) all'adozione piena (art. 6 l. n. 184/1983).

Essenziale è ricostruire l'ordine pubblico in materia di adozione e di filiazione per verificare se l'adozione straniera omosessuale confligga con il livello apicale delle fonti del diritto.

Fin qui sono emersi alcuni punti che contribuiscono a tessere la trama dell'ordine pubblico della filiazione e che è utile richiamare per risolvere la questione che ci occupa: 1) il minore ha diritto alla continuità affettiva con i propri genitori;

¹⁰³ Cass., 30.9.2016, n. 19599, cit. e Cass. Sez. un., 5.7.2017, n. 16601, cit.

¹⁰⁴ P. PERLINGIERI, *Libertà religiosa, principio di differenziazione e ordine pubblico*, cit., 183, ritiene che non vi debba essere contrapposizione tra una giuridicità per così dire esterna e una interna all'ordinamento, perché l'ordine pubblico deve essere ricostruito unitariamente, in modo tale che esso possa svolgere la funzione di limite e di «garanzia delle libertà nei confronti dello Stato sia pure per autolimitazione dello stesso dovuta sia a scelte interne di rilevanza nazionale sia alle aperture verso valori e principi promossi e tutelati dalle normative europee ed internazionali».



2) la derivazione genetica non è l'unico fondamento della filiazione; 3) la diversità di sesso tra i genitori non è un requisito indefettibile dell'adozione né esso è desumibile dalla Costituzione, tant'è che la Cassazione ha ammesso l'adozione omosessuale in casi particolari; 4) l'effettività del diritto del minore all'identità personale postula il rispetto della vita familiare, quindi della famiglia così come si è strutturata in fatto o in diritto; 5) in tutte le questioni di stato è dirimente l'applicazione del principio del preminente interesse del minore.

Se tutto ciò è espresso dal nostro ordinamento, è difficile negare la legittimità del riconoscimento del provvedimento di adozione piena omosessuale emesso in un altro paese. Ma alcuni autori¹⁰⁵ contrastano decisamente questa conclusione, ritenendo che il sistema delineerebbe un modello di relazioni familiari incentrato sulla eterosessualità delle figure genitoriali. A sostegno si fa leva sul riferimento costituzionale alla paternità dell'art. 30, co. 4 e alla maternità nell'art. 31, co. 2, invero in numerosi articoli del codice civile e di altre leggi (ad es.: artt. 147, 231, 250, 408, co.1, 566, 568, 643, co. 2, 2048, co. 1, c.c., art. 6 l. n. 184/1983 e art. 5 l. n. 40/2005).

Si può replicare, da un lato, che i riferimenti normativi appena riportati provino troppo, dall'altro, che l'evoluzione soprattutto interpretativa dell'ordinamento non impedisce che, in certi casi, i genitori siano dello stesso sesso. L'utilizzo del termine paternità nell'art. 30, co. 4, Cost. non costituisce un dato inequivoco sulla necessità ineludibile di due genitori dello stesso sesso.

¹⁰⁵ F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 6, 1447 (versione in *Leggi d'Italia on line* p. 1-26 ss.), rileva come gli artt. 29-31 Cost. rappresentino l'esito dell'impegno di Padri costituenti ad edificare una concezione costituzionale di famiglia (il che - osserva l'Autore - rappresenta un *unicum* tra le Costituzioni del secondo dopoguerra). Busnelli, Maestro del diritto, critica quella disinvoltura, propria soprattutto delle generazioni più giovani, con cui si avallano soluzioni in palese contrasto con i predetti articoli della Carta. Anche R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover essere*, cit. (in corso di pubblicazione), incentra il suo interessante saggio sugli artt. 29-31 Cost., sostenendo che i principi di eterosessualità e biologicità rientrano tra quelli di ordine pubblico internazionale; di conseguenza l'Italia non potrebbe riconoscere provvedimenti stranieri dai quali risulti uno stato di figlio con due genitori dello stesso sesso. Ci si deve chiedere se gli artt. 29-30 Cost., la cui interpretazione non è stata univoca come riconosce lo stesso Busnelli, impediscano categoricamente di attribuire giuridicità a strutture della filiazione diverse da quelle basate sul matrimonio e quindi con genitori di sesso diverso. La risposta è ad avviso di chi scrive negativa, essendoci spazio interpretativo per discostarsi dall'idea che gli artt. 29-30 Cost. impediscano il riconoscimento di qualsivoglia genitorialità non basata sulla biologicità e sulla procreazione.

Ugualmente deve dirsi con riguardo alla prescrizione della protezione della maternità (art. 31, co. 2, Cost.), che è un dovere di civiltà della Repubblica operante in molteplici direzioni (il lavoro ad esempio).

Inoltre sembra eccessivo ritenere che dall'art. 29, co. 1, Cost., unitamente al divieto di adozione piena per la coppia omosessuale o di accesso alla PMA, debba desumersi l'impossibilità giuridica di ammettere in ogni caso la legittimità di un atto di nascita (estero) con due genitori dello stesso sesso¹⁰⁶.

Piuttosto: gli sviluppi in tema di adozione in casi particolari, di vita familiare quale condizione anche di fatto, di contenimento del principio della biologicità e la rinnovata attenzione all'effettività dei diritti fondamentali (quali nella specie l'identità personale e la salute) e della clausola generale del preminente interesse del minore induce a giustificare, in certi casi, il riconoscimento dello stato di figlio con due genitori dello stesso sesso¹⁰⁷. Ciò alla luce del fondamento della filiazione, divenuto nel tempo più complesso.

Tutto non ciò non conduce affatto alla disintegrazione della famiglia¹⁰⁸, ma al recupero normativo di ciò che è oggi la famiglia.

¹⁰⁶ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, cit., 277 ss., ritiene che l'art. 29, co. 1, Cost. non escluda anzi giustifichi «la posizione riservata alle unioni e alle convivenze non dichiarate» che condividono con il matrimonio lo stesso sostrato di fatto (la «fatticità»). Quest'articolo non costituisce, quindi, un argine all'evoluzione della famiglia e della filiazione, non prevedendo né che l'amore debba essere espresso soltanto dal matrimonio, né che i genitori debbano necessariamente essere di sesso diverso.

¹⁰⁷ R. SENIGAGLIA, *op. cit.* (in corso di pubblicazione), accoglie, in modo del tutto coerente con le premesse da cui muove, una soluzione diversa da quella cui si perviene in queste pagine. Egli, consapevole della rilevanza giuridica del legame volontario (non biologico) che abbia certi caratteri tra adulto e minore, ritiene corretto che lo Stato italiano recepisca soltanto lo *status filiationis* instaurato all'estero con il genitore biologico (nella specie con la madre che ha partorito) e non anche con l'altra donna con cui si è condiviso il progetto di genitorialità. Il legame con quest'ultima - conclude l'Autore - andrebbe garantito al di fuori dello stato di figlio e segnatamente attraverso gli artt. 330 e 333 c.c.

¹⁰⁸ F. D. BUSNELLI, *Il diritto della famiglia di fronte al problema della difficile integrazione delle fonti*, cit., 3 ss., pur ritenendo che oggi si stia affermando un modello di famiglia «postmoderna d'impronta individualistica», è consapevole che la Costituzione, sebbene abbia istituzionalizzato un modello familiare, non ha avverso l'annessione di altri modelli da parte del legislatore (da qui la suggestiva immagine dell'«arcipelago» familiare). La Corte costituzionale e la Cassazione hanno infatti riconosciuto - lo ricorda lo stesso Autore - la rilevanza giuridica dapprima delle convivenze *more uxorio eterosessuali* poi omo-affettive. Ma a mio avviso questa stessa apertura (o non opposizione) della nostra Carta può essere ravvisata, sulla base di un'interpretazione sistematica che iscrive il principio del preminente interesse del minore nel

La giurisprudenza è stata sensibile all'evoluzione qui tratteggiata, recependo il provvedimento giudiziale straniero di adozione piena a favore del coniuge omosessuale sposato con il genitore dell'adottando (artt. 41 e 64 ss. l. n. 218/1995)¹⁰⁹.

È bene sottolineare una volta di più che tale esito giurisprudenziale non confligge con l'ordine pubblico internazionale per due ragioni essenziali. La prima: la diversità di sesso degli adottanti non è una condizione necessitata della capacità adottiva. Essa non è imposta dalla Costituzione, altrimenti si dovrebbe vietare qualsiasi tipo di adozione omosessuale¹¹⁰. Il che non è, come dimostra la giurisprudenza sull'adozione in casi particolari. Oltretutto un divieto di tale genere difficilmente resisterebbe allo scrutinio di legittimità costituzionale, sotto il profilo della tutela del minore nel caso concreto.

La seconda ragione sta nella prevalenza dell'interesse del fanciullo nelle questioni di stato; prevalenza che, nella specie, si sostanzia nel diritto di conservare la relazione già esistente con i due genitori. In questo contesto giuridico, la soluzione contraria al riconoscimento in Italia del provvedimento di adozione piena emesso in un altro paese nei confronti di una coppia *same sex* sarebbe lesiva di una tutela piena ed effettiva del minore.

Un discorso analogo va svolto con riguardo all'adozione internazionale da parte di cittadini

italiani residenti all'estero (art. 36, co. 4, l. n. 184/1983); adozione, questa, con tratti di disciplina diversi rispetto all'adozione internazionale attivata da cittadini italiani residenti in Italia (artt. 35 e 36, coo. 1, 2, 3, l.n. 184/1983). Secondo l'interpretazione preferibile, al primo tipo, come si evince dalla lettura combinata degli artt. art. 35, co. 6 let. a) e 36, co. 4, l. n. 184/1983, non si applica il requisito del coniugio da almeno tre anni quale *condicio* della riconoscibilità del provvedimento straniero di adozione¹¹¹.

Piuttosto l'unica condizione da applicare all'adozione in parola è il rispetto dei principi della Convenzione sulla protezione dei minori e sulla cooperazione in materia di adozione internazionale fatta all'Aja il 29.5.1993, ratificata e resa esecutiva in Italia dalla l. n. 476/1998¹¹². Tra essi non figura l'eterosessualità della coppia adottante (artt. 4 e 5 Conv.). Se il giudice dello Stato di origine, nel disporre l'adozione internazionale, ha osservato le condizioni disposte dalla Convenzione¹¹³, il giudice italiano (dello Stato di accoglienza) non può effettuare alcuna rivalutazione dell'interesse del

¹¹¹ Trib. per i minorenni di Firenze, decr. 17.3.2017, in www.ilcaso.it, dopo aver inquadrato il caso concreto nell'ambito dell'adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero, riconosce efficacia in Italia della sentenza emessa dalla *Family Court* del Regno Unito.

¹¹² La distinzione tra adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti in Italia e adozione internazionale ottenuta da cittadini italiani residenti all'estero emerge dal confronto tra l'art. 35 e l'art. 36, co. 4, della legge sull'adozione (disposizione, quest'ultima, applicata dal trib. per i minorenni fiorentino). Il divieto assoluto di riconoscere sentenze straniere di adozione a favore di coppie dello stesso sesso varrebbe soltanto per gli italiani residenti in Italia che adottino all'estero. In questa ipotesi il legislatore ha inteso evitare l'aggiramento dei presupposti dell'adozione di diritto interno, attraverso il ricorso all'adozione internazionale. Di questo rischio il legislatore ha tenuto conto anche nell'adozione internazionale da parte di cittadini italiani residenti all'estero, ma l'ha scongiurato, prevedendo il requisito del soggiorno continuativo nel paese straniero da almeno due anni. Il decorso di tale tempo consente di presumere che il trasferimento all'estero non sia stato strumentale all'aggiramento della disciplina italiana dell'adozione. Le due fattispecie di adozione internazionale, quindi, sono state regolate diversamente con riguardo, per quanto qui rileva, ai requisiti soggettivi occorrenti per adottare.

¹¹³ L'art. 4 Conv. Aja prevede diverse condizioni che deve rispettare lo «Stato d'origine», affinché possa perfezionarsi in un altro Stato - quello «di accoglienza» - l'adozione internazionale. Si tratta di principi e regole oramai diffusissime in molti Stati. Quanto ai poteri delle autorità dello «Stato d'accoglienza», queste, affinché l'adozione internazionale possa aver luogo, devono limitarsi, ai sensi dell'art. 5 Conv. Aja, ai seguenti atti: «a - [aver] constatato che i futuri genitori adottivi sono qualificati ed idonei per l'adozione; b - [essersi] assicurati che i futuri genitori adottivi sono stati assistiti con i necessari consigli; e c - [aver] constatato che il minore è o sarà autorizzato ad entrare e soggiornare in permanenza nello Stato medesimo».

quadro ordinamentale complessivo (così che esso non rappresenti una «formula magica»), anche nei confronti di genitorialità dello stesso sesso. L'evoluzione normativa e ordinamentale tratteggiata in queste pagine indica non tanto la presenza di antinomie tra fonti legislative e neppure un sovvertimento illegittimo dello *status quo*, quanto piuttosto un sistema giuridico in lento movimento che si arricchisce sotto il profilo assiologico; un sistema al quale si chiede, sempre più insistentemente, di rispecchiare i bisogni diffusi e radicati nella società (cfr. G. VETTORI, *Il diritto ad un rimedio effettivo nel diritto privato europeo*, cit., 28) o, in altri termini, «gli orizzonti delle attese collettive» (F. ADDIS, *Sulla distinzione tra norme e principi*, cit., 1054).

¹⁰⁹ Corte d'App. Milano, sez. persone, minori, famiglia, 16.10.2015, in www.ilcaso.it e in *Fam. e dir.*, 2016, 3, 271 ss., con nota di F. TOMMASEO, *Sul riconoscimento dell'adozione, avvenuta all'estero, del figlio del partner di una coppia omosessuale*. Cfr. anche Corte d'Appello di Napoli, ord. 30.3.2016, in www.centrostudiliviatino.it, che, con riguardo a una coppia di donne sposate, ognuna madre di una bambina, riconosce l'efficacia in Italia di due sentenze del *Tribunal de Grande Instance de Lille* ciascuna delle quali, dispone l'*adoption plénière* del figlio dell'altro coniuge.

¹¹⁰ Ma si dovrebbe negare anche l'affidamento condiviso, qualora il genitore affidatario conviva stabilmente con un partner dello stesso sesso, il che, come si è già rilevato, non ha trovato l'avallo della Cassazione (n. 601/2013, cit.), la quale anzi ha affermato come non sia stato dimostrato che la convivenza omosessuale è di ostacolo a una crescita equilibrata del minore.



minore, ma soltanto rilevare la «manifesta contrarietà dell'adozione all'ordine pubblico, tenuto conto del superiore interesse del minore» (art. 24 Con. Aja).

Non si può allora far altro che ribadire come l'adozione omosessuale internazionale di cui all'art. 36, co. 4, l. n. 184/1983 non violi l'ordine pubblico internazionale, non confliggendo con alcun principio italiano di rango costituzionale. Il nostro ordinamento è aperto alla possibilità dell'adozione omosessuale, sia interna se in casi particolari, sia internazionale. La Costituzione, la Cedu (art. 8) la Carta dei diritti fondamentali dell'Unione europea (artt. 7, 9, 21, 24 co. 2), la Convenzione di Strasburgo (art. 7 co. 2) e la legge ordinaria (artt. 244, co. 4, 263 coo. 3 e 4, 315-bis c.c.) danno rilievo ai seguenti diritti strettamente legati tra loro: il diritto al rispetto della vita familiare, all'identità personale del minore, alla continuità affettiva e alla conservazione dello stato di figlio. L'ultimo quale conseguenza dei primi tre.

Non essendo la discendenza da persone di sesso diverso principio di ordine pubblico costituzionale, ben può ammettersi l'adozione omosessuale nelle fattispecie qui esaminate. Ma v'è di più: il legislatore potrebbe in futuro consentire, senza perciò violare la Costituzione, ai soggetti in unione civile e ai conviventi di fatto (che abbiano reso la dichiarazione anagrafica di cui all'art. 1, co. 37, l. n. 76/2016) di adottare ai sensi degli artt. 6 ss. l. n. 184/1983.

I segnali giuridici di quest'ultima svolta ci sono.

7. Lo scambio di embrioni tra verità legale e verità biologica.

Il fondamento della filiazione può essere ravvisato tanto nella derivazione genetica quanto, in assenza di quest'ultima, nel rapporto di fatto con chi si è comportato come fosse genitore.

Sono due i presupposti alternativi: se la persona ha generato, egli è genitore (art. 30 Cost.), altrimenti, ove manchi la generazione, lo stato di figlio può ugualmente permanere se già esistente (cfr. artt. 244 co. 4 e 263, co. 3 c.c.) o costituito all'estero con persone dello stesso sesso (art. 36, co. 4, l. n. 184/1983), oppure, in certi casi, lo stato può essere costituito attraverso l'adozione in casi particolari (art. 44 let. d l. n. 184/1983).

Ma c'è un'altra fattispecie concreta che merita attenzione, avendo creato una forte tensione tra il fondamento genetico della filiazione, da un lato, la regola di cui all'art. 269, co. 3, c.c. e il diritto alla continuità affettiva, dall'altro. Si tratta dello scambio di embrioni determinato da un errore del

personale sanitario. Il caso, verificatosi in Italia, riguarda due coppie che accedono alla procreazione medicalmente assistita omologa. Durante il procedimento gli embrioni formati vengono inseriti nell'utero della donna sbagliata in conseguenza di un tragico incrocio. Col risultato che ciascuna donna si trova a portare in grembo il figlio dell'altra. Soltanto una delle due donne porta a termine la gravidanza, dando alla luce un figlio che possiede non già il proprio patrimonio genetico, ma quello dell'altra coppia di soggetti legati in matrimonio.

Nella vicenda giudiziale che ne è scaturita, i genitori genetici, in forza del legame genetico col nato, chiedono la consegna di quest'ultimo ritenendolo giuridicamente loro figlio; consegna rifiutata dalla donna che ha partorito, adducendo che chi partorisce sia il genitore. Viene così formato un atto di nascita in costanza di matrimonio, dal quale risulta che madre è la donna che ha partorito, padre è il marito della madre, sebbene quest'ultimo non fosse legato geneticamente al nato.

Il conflitto insorto si è posto tra i genitori legati geneticamente al nato, che hanno visto destinare il loro embrione ad un'altra coppia sposata, e quest'ultima, la quale ha ottenuto la formazione di un atto di nascita in costanza di matrimonio nonostante la mancanza della derivazione genetica.

Il tribunale di Roma¹¹⁴ ha escluso ogni rilievo del legame genetico tra il nato e la coppia che ha fornito i propri gameti dalla cui unione è originato l'embrione. Sono tre le ragioni a sostegno: 1) l'art. 269, co. 3, c.c. nel suo tenore letterale, confermato dall'interpretazione sistematica della legge n. 40/2004¹¹⁵; 2) l'impossibilità di ricondurre lo

¹¹⁴ Trib. Roma, ord. 8.8.2014, in *Diritto delle successioni e della famiglia*, 2015, 230 ss., con nota di A. RENDA, *Lo scambio di embrioni e il dilemma della maternità divisa* (nota a Trib. Roma, ord. 8-8.2014); in *Fam. e dir.*, 2014, 929 ss., con nota di M. N. BUGETTI, *Scambio di embrioni e attribuzione della genitorialità*. La vicenda processuale è la seguente. I genitori genetici depositano un ricorso ai sensi dell'art. 700 c.p.c., chiedendo: a) in via principale di separare i gemelli dai resistenti o di garantire il diritto di visita ai ricorrenti, in attesa della definizione del giudizio; b) in via subordinata di sollevare questione di legittimità costituzionale di quelle disposizioni che, nel caso concreto, non lasciano spazio ai genitori genetici di veder riconosciuta la filiazione. Essi, infatti, non possono agire con l'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-bis c.c.) né della maternità (art. 269, co. 3, c.c.). Cfr. anche Trib. Roma, 2.10.2015, in *De jure on line*, che conferma l'inammissibilità della tutela cautelare e Trib. Roma, 10.5.2016, in *Leggi d'Italia on line*, che rigetta ancora una volta la domanda dei genitori genetici.

¹¹⁵ Afferma Trib. Roma, 2.10.2015, cit., che «Il principio secondo il quale è madre colei che partorisce vale, nel nostro diritto positivo, a fondare la stabilità e la certezza dello stato di filiazione e appare recepito anche nel sistema della legge 40». Ancora: «Nella giurisprudenza costituzionale non è ravvisabile

scambio di embrioni alle fattispecie legali della supposizione di parto o della sostituzione di neonato, ciò che altrimenti avrebbe legittimato chiunque vi abbia interesse ad agire con l'azione di contestazione dello stato di figlio (artt. 240 e 248 c.c.); 3) la mancata previsione normativa del padre naturale tra i soggetti legittimati all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità (art. 243-bis c.c.)¹¹⁶.

Questo è il quadro normativo, ma il tribunale romano non ne trae subito le conseguenze, se non dopo una verifica di costituzionalità del medesimo. Si indaga in particolare se sia compatibile con la Costituzione la regola che, nel caso di specie, precluderebbe ai genitori genetici di far emergere la verità. Lo è perché - si afferma nella pronuncia - la derivazione genetica non è l'unico principio posto a fondamento della filiazione.

A sostegno di quest'affermazione, il tribunale cita tutte disposizioni pertinenti: gli artt. 244, co. 4, c.c. e 263, co. 3 e 4, c.c. su cui ci siamo già soffermati e gli articoli contenuti nelle fonti sovranazionali che attribuiscono rilievo preminente all'interesse del minore anche nelle questioni di stato¹¹⁷.

una verità genetica della maternità contrapponibile a quella determinata dalla gestazione e dal parto; la verità da tutelare quanto alla maternità è sempre stata affermata in relazione alla gestazione e al parto». Così il trib. ritiene infondate le questioni di legittimità costituzionale prospettate dai ricorrenti.

¹¹⁶ Questa limitazione, tra l'altro, è stata ritenuta legittima dalla Corte costituzionale, secondo cui l'individuazione del punto di equilibrio tra verità legale, «ordinata all'interesse di conservazione dell'unità della famiglia legittima tutelata dall'art. 29 Cost.» e verità biologica compete al legislatore (Corte cost., 27.11.1991, n. 429, in *Leggi d'Italia on line*). L'estensore di questa sentenza, Luigi Mengoni, svolge una considerazione interessante che dimostra la rilevanza, già dall'illustre studioso individuata nell'interpretazione dell'art. 244 ult. co., c.c., dell'«equilibrio affettivo» del minore. Secondo Mengoni, qualora il legislatore dovesse attribuire al genitore naturale la legittimazione all'esercizio dell'azione di disconoscimento della paternità, egli dovrebbe aver cura di stabilire anche la fissazione di un termine di decadenza. Il suggerimento è prezioso e certamente ineludibile in prospettiva *de iure condendo*, dato che oggi l'azione di disconoscimento della paternità e di impugnazione del riconoscimento per difetto di veridicità sono assoggettate, come già rilevato, a termini di improponibilità a tutela proprio dell'equilibrio affettivo e della stabilità dello stato di figlio.

¹¹⁷ Cfr: 1) la *Convenzione sui diritti del fanciullo* (New York, 20.11.1989), ratificata e resa esecutiva con l. n. 176/1991, il cui art. 3 stabilisce che «In tutte le decisioni relative a fanciulli, di competenza sia delle istituzioni pubbliche o private di assistenza sociale, dei tribunali, delle autorità amministrative o degli organi legislativi, l'interesse superiore del fanciullo deve avere una considerazione preminente»; 2) la *Convenzione europea sull'esercizio dei diritti dei fanciulli*, adottata dal Consiglio d'Europa a Strasburgo il 25.1.1996, ratificata e resa esecutiva con l. 77/2003, prevede, all'art. 6, che l'autorità giudiziaria deve acquisire «informazioni sufficienti al fine di prendere una decisione nell'interesse superiore del minore»; 3)

Quest'ultimo assunto - si aggiunga - trova riscontro nella giurisprudenza della Corte Costituzionale; più di recente in quella riguardante l'illegittimità dell'automatismo della pena accessoria della decadenza dalla potestà (oggi responsabilità) genitoriale in presenza dei reati di alterazione e di soppressione dello stato¹¹⁸. A ben vedere la *ratio decidendi* di queste pregevoli sentenze della Consulta sta non tanto nella presenza del legame genetico con il soggetto che abbia alterato lo stato, quanto piuttosto nell'esistenza di un sano e proficuo rapporto, consolidatosi nel tempo, tra il genitore e il figlio. È questo l'elemento di fatto che deve impedire, secondo la Corte costituzionale, la decadenza dalla responsabilità genitoriale¹¹⁹.

L'assunzione della responsabilità quale fondamento della filiazione spicca, inoltre, nella già ricordata abrogazione del divieto della procreazione eterologa¹²⁰, come pure nella giurisprudenza della Corte EDU.

È, pertanto, da condividere l'affermazione del tribunale romano secondo cui «la tutela del diritto

la *Carta dei diritti fondamentali dell'UE* del 7.12.2000, adottata il 12.12.2007 a Strasburgo, ribadisce all'art. 24, co. 2, che in tutte le decisioni prese dalle autorità pubbliche o da istituzioni private, «l'interesse superiore del minore deve essere considerato preminente», mentre al co. 3 dello stesso articolo si afferma che «il minore ha diritto di intrattenere regolarmente relazioni personali e contatti diretti coi due genitori, salvo qualora ciò sia contrario al suo interesse».

¹¹⁸ Corte cost., 23.2.2012, n. 31, in *Leggi d'Italia on line*, dichiara «l'illegittimità costituzionale dell'art. 569 c.p., nella parte in cui prevede che, in caso di condanna pronunciata contro il genitore per il delitto di alterazione di stato di cui all'art. 567, co. 2, c.p., debba conseguire necessariamente la perdita della potestà genitoriale». Deve, invece, avere spazio una valutazione giudiziale caso per caso del miglior interesse del minore. Tre in sintesi gli argomenti a sostegno. L'ineluttabilità della pena accessoria: 1) viola il principio di ragionevolezza (art. 3 Cost.), perché fa scaturire necessariamente dal reato l'incapacità di svolgere il ruolo genitoriale (nel caso di specie la figlia era stata dichiarata come naturale, invece che nata in costanza di matrimonio; ciò al fine di proteggerla dal padre detenuto); 2) lede il diritto del minore di crescere e di essere educato nella sua famiglia naturale [artt. 2, 30 e 31 Cost. (nella specie, la figlia aveva sviluppato un solido rapporto relazionale con la madre)]; 3) viola il principio della funzione rieducativa della pena (art. 27, co. 3, Cost.). Analogamente argomenta Corte cost., 23.1.2013, n. 7, in *Leggi d'Italia on line*, con riguardo all'automatismo della pena accessoria riferito, questa volta, al reato di soppressione dello stato (art. 566, co. 2, c.p.), anch'esso dichiarato costituzionalmente illegittimo.

¹¹⁹ Una regola diversa, come quella dichiarata costituzionalmente illegittima - rigida e astratta - finiva col ledere in molti casi l'interesse concreto del minore.

¹²⁰ Già nel 1999, in assenza di una specifica normativa sulla procreazione assistita, la Cassazione ha negato il disconoscimento della paternità da parte di chi aveva prestato il consenso all'eterologa [cfr. Cass., n. 2315/1999, sulla scorta di Corte Cost., n. 347/1998 (rel.: F. Santosuosso)].





allo *status* e alla identità personale può non identificarsi con la prevalenza della verità genetica». L'interesse pubblico alla verità del rapporto di filiazione soccombe talvolta di fronte alla necessità di identificare le figure genitoriali in quei soggetti che abbiano instaurato un rapporto con il nato¹²¹. In tal caso la verità legale coincide con l'interesse del minore, perciò l'ordinamento non consente l'eliminazione dello stato di figlio.

Sintetizzando al massimo, due sono gli elementi su cui poggia il *decisum* del tribunale di Roma: 1) l'art. 269, co. 3, c.c.; 2) l'instaurazione di un significativo rapporto simbiotico tra i genitori (sociali) e i nati, instauratosi fin dai primi giorni di vita¹²².

Ma allora, se nel caso di specie l'insorgere del legame affettivo con il nato e l'assunzione della responsabilità genitoriale da parte dei genitori non genetici stabilizza lo *status filiationis*, deve escludersi che il marito della madre possa agire con l'azione di disconoscimento della paternità, facendo valere la mancanza del legame genetico¹²³. Questa esclusione vale anche per la moglie che ha partorito. Per il figlio, invece, l'azione di disconoscimento della paternità rimarrebbe imprescrittibile (art. 244, co. 5, c.c.)

Indubbiamente la vicenda dello scambio involontario degli embrioni pone in rilievo, ancora una volta, come la derivazione genetica non possa essere più ritenuta l'unico fatto posto a fondamento dello stato di figlio¹²⁴. Tuttavia qualche rilievo può essere ugualmente mosso al tribunale di Roma, soprattutto ove si ipotizzi che non si sia creato quel

rapporto tra adulti e minore tale da giustificare la conservazione dello stato di figlio¹²⁵.

L'applicazione acritica dell'art 269, co. 3, c.c. non è appagante, perché la disposizione in esso contenuta fa perno, storicamente, sulla necessaria derivazione genetica del nato dalla donna che ha partorito¹²⁶. Oggi però la tecnica procreativa ha eliminato ogni ineluttabilità; dovrebbe pertanto ammettersi, nel caso dello scambio di embrioni, la prova contraria a quella legale, consistente nel rilievo comprovato dell'assenza del legame genetico. Si consideri oltretutto che l'art. 269 detta regole sulla prova: così al comma 3, c.c. e al comma 2 dove si stabilisce che la prova della maternità «può essere data con ogni mezzo».

Se si condivide questa lettura, può avanzarsi la tesi che, in caso di coniugio, i genitori genetici estromessi dalla genitorialità avrebbero potuto agire con l'azione di contestazione dello stato di figlio. Ciò esige ovviamente di assimilare la sostituzione degli embrioni alla sostituzione di neonato (artt. 240 e 239, co.1, c.c.), così da aprire la strada all'applicazione analogica dell'art. 240 c.c. In entrambe le fattispecie (quella legale e dello scambio di embrioni) si determina una falsa attribuzione dello stato di figlio, mancando il legame genetico con i genitori. Proprio ciò che l'art. 240 c.c. contrasta. L'azione di contestazione

¹²⁵ Il tribunale di Roma, ord. 8.8.2014, cit., non ha incentrato la propria motivazione esclusivamente sull'art. 269, co. 3, c.c., ma anche sul rilievo della genitorialità sociale. Ciò porta a ritenere che, ove quest'ultima non possa ritenersi esistente perché, come nel caso di specie, lo scambio di embrioni viene scoperto durante la gravidanza, la soluzione avrebbe dovuto essere diversa. Nel senso di dare prevalenza ai genitori genetici, imponendo alla madre uterina di consegnare loro il nato. Ad ogni modo è difficile dire se la soluzione del tribunale romano sarebbe stata la stessa se la coppia destinataria dell'embrione altrui non fosse stata spostata. Sul punto cfr. U. SALANITRO, *Gli effetti della procreazione medicalmente assistita*, cit., 3752, il quale giustamente respinge un'applicazione meccanica della disciplina della filiazione nata fuori del matrimonio che indurrebbe a giustificare «la costituzione del rapporto filiale con la madre gestazionale (appartenente a una coppia) e con il padre genetico (appartenente all'altra coppia)». Ci sarebbe, come rileva lo stesso Autore, anche un problema di diversità di trattamento tra la filiazione nata nel e fuori del matrimonio.

¹²⁶ Dissente da questa affermazione il Trib. Roma, 2.10.2015, cit., secondo cui l'art. 269, co. 3., stante la sua riconferma da parte del legislatore della riforma 2012/2013 (e quindi la sua consapevolezza della possibile distinzione tra madre genetica e madre gestante), lega la maternità al parto e non già al legame genetico. Come si evince anche – aggiunge il trib. – da una interpretazione sistematica della l. n. 40/2014. In realtà sembra a chi scrive che la riforma ultima della filiazione si sia disinteressata di questa possibile duplicazione delle madri, lasciando semplicemente immutato il testo dell'art. 269, co. 3, c.c.; ma la regola della coincidenza tra parto e genitorialità deve essere temperata con la verità genetica che è alla base della costruzione dell'identità del minore.

¹²¹ Secondo Trib. Roma, 8.8.2014, cit., non vi è alcun profilo di illegittimità costituzionale nella normativa attuale, la quale, ai fini della costituzione della filiazione, privilegia la donna che ha partorito, negando al contempo legittimazione ad agire al padre genetico che, pertanto, non può superare la presunzione legale di paternità (se non attraverso una difficile sollecitazione del pubblico ministero ai sensi dell'art. 244, ult. co., c.c.).

¹²² Così Trib. Roma, 8.8.2014, cit., il quale, sul punto, richiama la letteratura medico-scientifica. Interessante è anche il rilievo del tribunale secondo cui «la famiglia è sempre più intesa come comunità di affetti piuttosto che come istituzione posta a tutela di determinati valori, incentrata sul rapporto concreto che si instaura tra i suoi componenti. Ne deriva che al diritto spetta di tutelare proprio quei rapporti, ricercando un equilibrio che permetta di bilanciare gli interessi in conflitto, avendo sempre come riferimento il prevalente interesse dei minori coinvolti» (corsivo mio).

¹²³ In ragione dell'assunzione di responsabilità da parte del padre sociale, palesata dal suo consenso alla gravidanza e all'iscrizione anagrafica del figlio come proprio, il Trib. Roma, 8 agosto 2014, cit. ritiene preclusa l'azione di disconoscimento della paternità ad iniziativa dello stesso.

¹²⁴ Ciò è chiaramente evidenziato nella vicenda dello scambio di embrioni da Trib. Roma, 10.5.2016, cit.

assicura, a tutela dell'identità del nato, la corrispondenza dello *status* di figlio alla verità genetica¹²⁷.

Una volta rimosso lo stato di figlio nato nel matrimonio, i genitori biologici, se non sposati tra loro, procederanno al riconoscimento.

| 178 Se, invece, i genitori genetici sono sposati, occorre evitare l'incongruenza che si determinerebbe se, eliminato lo stato di figlio con l'azione di contestazione, essi avrebbero quale unica possibilità il riconoscimento. Si affaccia un'altra soluzione, più coerente con il fatto della nascita in costanza di matrimonio, ma non del tutto immune da criticità.

Il pubblico ministero o i genitori biologici, ai sensi dell'art. 244, co. 6, c.c. richiamato dall'art. 248, co. 5, c.c., potrebbero chiedere al giudice la nomina di un curatore speciale, il quale agirà con l'azione di contestazione dello stato di figlio per sostituzione di embrioni, reclamando altresì lo stato di figlio nato in costanza di matrimonio, posto che anche l'art. 249, ult. co., c.c. richiama l'art. 244, co. 6, c.c.¹²⁸.

Chi reclama lo stato di figlio deve provare - e qui sta la criticità maggiore - la maternità. La quale dovrà essere intesa con riguardo non già alla donna che ha partorito (altrimenti tale requisito viene a mancare), ma a quella cui il nato è legato geneticamente e che si è assunta la responsabilità della formazione degli embrioni. Ove si accolga siffatta interpretazione del concetto di maternità, gli altri requisiti sussistono tutti: il matrimonio tra i genitori (sul presupposto che siano quelli genetici), la nascita in costanza di matrimonio e la paternità del marito del madre.

Ad ogni modo, la vicenda dello scambio di embrioni da un lato conferma che la derivazione

genetica non è il solo fondamento della filiazione¹²⁹, dall'altro mostra come tale derivazione non sia eludibile se manca un'esigenza di tutela del preminente interesse del minore, qual è quella di difesa della genitorialità sociale.

Certo, non si nega che la dimensione umana sottesa al caso esaminato sia drammaticamente complessa e che l'ordinamento apra a soluzioni diverse. Tutte nella piena disponibilità del giudice - senz'altro difficili - da incentrarsi sul caso concreto, sulle regole complessive e sui valori del sistema ordinamentale e non già sul mero significato fatto proprio dalle parole della singola disposizione di legge¹³⁰.

8. Morte del figlio e risarcimento dei danni al genitore sociale.

L'accresciuta rilevanza giuridica della filiazione non biologica, emersa nella legislazione e nella giurisprudenza interna e sovranazionale, ha ricadute sul terreno dell'illecito eso-familiare. Quest'ultimo sintagma allude, com'è noto, alle condotte illecite poste in essere da un terzo nei confronti di un membro della famiglia.

¹²⁹ Il tribunale di Roma, ord. 8.8.2014, cit., come abbiamo constatato, non ha attribuito la genitorialità ai genitori genetici, ma all'altra coppia, anche in ragione della relazione affettiva che si era oramai creata con quest'ultima. Con ciò dimostrando di aderire all'idea che il fondamento della filiazione non sia tutto assorbito dalla derivazione genetica. Ma se questa relazione non fosse sorta, si dubita che la decisione del tribunale romano avrebbe potuto essere la stessa, argomentando semplicemente dalla lettera dell'art. 269, co. 3, c.c. Sebbene debba anche ammettersi come si diceva, che l'art. 269, co. 3, c.c. interpretato unitamente al divieto di surroga della maternità, finisce col dare centralità alla gravidanza. Insomma la soluzione al problema dello scambio di embrioni resta davvero difficile; quella giudiziale scontenta e forse scontenterebbe anche quella legislativa, ma almeno darebbe certezza.

¹³⁰ P. PERLINGIERI, *L'interpretazione della legge come sistematica e assiologica. Il brocardo in claris non fit interpretatio, il ruolo dell'art. 12 disp. prel. c.c. e la nuova scuola dell'esegesi*, in *Interpretazione e legalità costituzionale*, Napoli, 2012, 127 ss., afferma che «la norma non è mai sola, ma esiste ed esercita la sua funzione unita all'ordinamento ed il suo significato muta con il dinamismo dell'ordinamento di appartenenza» (p. 137). Va ammesso che il tribunale romano, nella tre pronunce esaminate, cerca di giustificare sul piano sistematico il principio di coincidenza tra il parto e la genitorialità. Ma l'impressione è che abbia pesato più di tutto il tenore letterale dell'art. 269, co. 3, c.c., così collocando in secondo piano l'interesse del minore a vedere riconosciuto lo stato di figlio nei confronti dei genitori genetici, la cui identità si lega a questi ultimi. Ciò non significa, come si è cercato di dimostrare in queste pagine, che la verità genetica sia il principio che debba sempre prevalere. La stella polare, nei casi dubbi, deve essere il prevalente interesse del minore (e non della madre uterina).

¹²⁷ M. A. CAGGIANO, *Lo scambio di embrioni*, cit., 321 ss., svolge un ragionamento convincente, basato sull'applicabilità al caso di specie della normativa codicistica sulla filiazione naturale e non già di quella sulla procreazione medicalmente assistita. Percorre, invece, quest'ultima strada A. MORACE PINELLI, *Il diritto di conoscere la proprie origini*, cit., 275, il quale rileva come la responsabilità di chi abbia avuto accesso alla PMA sorga dal momento della formazione dell'embrione (impostazione questa respinta da Trib Roma, 2.10.2015, cit.). Dunque non è irrilevante il legame tra i genitori genetici e gli embrioni che sono stati formati.

¹²⁸ La figura del curatore speciale è necessaria con riguardo al reclamo dello stato di figlio, poiché soltanto quest'ultimo è legittimato all'esercizio dell'azione (art. 249, co. 1, c.c.). Non si deve dimenticare che il tribunale, chiamato a decidere sulla richiesta di nomina del curatore speciale per l'esercizio dell'azione di contestazione e di reclamo dello stato di figlio, deve valutare se è nell'interesse del minore l'eliminazione dello stato di figlio nato nel matrimonio al fine di assumere lo stato di figlio nei confronti dei soggetti con i quali sussiste il legame genetico (sui poteri del tribunale ai sensi dell'art. 244, co. 6, cfr. Corte cost., 27.11.1991, n. 429, cit.).



Non sembra possibile a chi scrive reputare famiglia soltanto quella fondata sul matrimonio o sul concetto tecnico di parentela. La distinzione che ha tentato il legislatore tra matrimonio e soggetti in unione civile, da qualificarsi come «specifica formazione sociale», non tiene nel quadro complessivo dell'ordinamento giuridico¹³¹. Ma a prescindere da tale questione, va ribadito che anche la relazione tra chi si è comportato come fosse genitore e il figlio del partner deve essere ricompresa nel *genus* famiglia o vita familiare e, in quanto tale, protetta dall'ordinamento.

Se di famiglia si tratta, interessa ragionare adesso sulla situazione giuridica soggettiva del genitore sociale a fronte dell'uccisione del figlio del partner.

Va premesso che la giurisprudenza di legittimità ha ben costruito il danno da perdita o da lesione del rapporto parentela o di coniugio, laddove viene in rilievo, rispettivamente, il decesso del parente stretto (figlio, fratello) o del coniuge o il grave pregiudizio alla salute di questi soggetti per opera di un terzo.

L'interesse fatto valere dai congiunti in conseguenza della morte/lesione del parente o del coniuge è, come ha chiarito la Cassazione, «quello alla intangibilità della sfera degli affetti e della reciproca solidarietà nell'ambito della famiglia, alla inviolabilità della libera e piena esplicazione delle attività realizzatrici della persona umana nell'ambito di quella peculiare formazione sociale costituita dalla famiglia, la cui tutela è ricollegabile agli artt. 2, 29 e 30 Cost.»¹³². Rileva, quindi, una posizione giuridica soggettiva costituzionale - dove famiglia e sviluppo della personalità si intrecciano - la cui violazione trova ristoro patrimoniale ai sensi non più dell'art. 2043 c.c. ma dell'art. 2059 c.c.¹³³.

¹³¹ S. RODOTÀ, *Solidarietà. Un'utopia necessaria*, cit., 52-54, giurista indimenticabile, dalla mente aperta, dal pensiero utilissimo per il pratico e per il legislatore, capace di mostrare come pochi le potenzialità dell'ordinamento, muovendo dall'interpretazione dell'art. 9 Carta dei diritti fondamentali dell'UE e dal collegamento stretto tra solidarietà ed uguaglianza afferma l'analoga rilevanza giuridica e la medesima dignità tra diritto di sposarsi e diritto di costituire una famiglia. Una via ermeneutica, questa, volta ad escludere la legittimità di regole discriminatorie del rapporto omosessuale. Sulle stessa linea è P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, cit., 269 nota 35, il quale afferma - all'inizio di un discorso lucidissimo che meriterebbe di essere riportato integralmente - che è stata «evidentemente una sciocchezza» non aver adoperato il termine famiglia con riguardo alle unioni civili.

¹³² Cass., 31.5.2003, n. 8828, in *Foro it. on line*, commentata, unitamente a Cass., n. 8827/2003, in diverse riviste dai più importanti studiosi della responsabilità civile.

¹³³ Cass. Sez. un. 11.11.2008, n. 26972, in *Foro it. on line*, anch'essa annotata da molti autori, ha effettuato, com'è noto, una lettura costituzionale dell'art. 2059 c.c., secondo la quale il

La giurisprudenza ha enucleato con precisione anche il danno conseguente all'evento morte del congiunto, stante il doppio profilo strutturale della responsabilità civile: l'ingiustizia del danno, cioè la lesione dell'interesse protetto, e il pregiudizio conseguente (arg. ex art. 2043 c.c. laddove si utilizza due volte il termine danno e ex art. 1223 c.c. richiamato dall'art. 2056 c.c.)¹³⁴. Un danno la cui quantificazione è inevitabilmente legata al suo oggetto.

Esso non si sostanzia soltanto nella cruda sofferenza interna di chi deve sostenere il peso della morte di un congiunto. Oltre a ciò si determina anche un vuoto terribile e irrimediabile, consistente nel non poter più relazionarsi con il proprio caro e nella perdita di quella sicurezza e ricchezza che deriva dalla quotidianità dei rapporti familiari¹³⁵. Il

danno non patrimoniale è risarcibile non solo nei casi espressamente previsti dalla legge, ma anche tutte le volte in cui sia stato leso un diritto di rilevanza costituzionale. Questa interpretazione è volta a ribadire, per contenere certe derive risarcitorie verificatesi soprattutto nella giurisprudenza del giudice di pace, come il nostro sistema dell'illecito civile sia bipartito e non tripartito, diversamente da quanto ha, invece, ritenuto un certo filone dottrinale ispirato da Paolo Cendon. Da un lato vi è il danno patrimoniale (art. 2043 c.c.), dall'altro, il danno non patrimoniale (art. 2059 c.c.), senza che possano essere predicate altre sottocategorie di danno diverse da queste due. Il discorso, però, è più complesso di così, soprattutto alla luce della giurisprudenza successiva al 2008, che ha valorizzato tanto il danno morale quanto il danno esistenziale, del quale, invece, secondo le Sezioni Unite, non avrebbe più dovuto discorrersi. In realtà, secondo la giurisprudenza di legittimità più recente, le Sezioni unite non hanno inteso escludere in assoluto la risarcibilità del danno esistenziale, ma soltanto negarla quale voce di danno generica sganciata dalla lesione di un diritto fondamentale. Piuttosto, si è formato un orientamento secondo cui il danno esistenziale, inteso come pregiudizio gravissimo alla sfera relazionale della persona (cfr. *amplius infra* nota 119), è risarcibile quale aspetto di cui si compendia in astratto la categoria del danno non patrimoniale. Data la lesione del diritto fondamentale, il giudice deve, dunque, risarcire tutti gli effettivi pregiudizi che siano conseguenza dell'illecito (biologico, morale, esistenziale), con la consapevolezza che il danno esistenziale non è sempre assorbito dal danno biologico (cfr. Cass. 19.10.2016, n. 21059 e Cass. sez. lav., 26.7.2017, n. 18506, entrambe in *Leggi d'Italia on line*).

¹³⁴ M. FRANZONI, *L'illecito*, Milano, 2010, 78 ss.

¹³⁵ Si afferma in Cass., 3.2.2011, n. 2557, in *Fam. e dir.*, 2011, 8-9, 761 ss., con nota di G. FACCI, *Nessun risarcimento del danno biologico alla madre per la morte del figlio, in assenza di un effettivo pregiudizio alla salute*, in *Resp. civ. prev.*, 2011, 12, 1 ss., con nota di C. IRTI, *La categoria unitaria del danno non patrimoniale "messa alla prova"*, che la morte del genitore o del figlio cagiona non soltanto un'enorme sofferenza interiore che pervade tutto l'essere (danno morale), ma anche un altro danno consistente nella «irreversibile perdita del godimento del congiunto, [nella] definitiva preclusione delle reciproche relazioni interpersonali, secondo le varie modalità con le quali normalmente si esprimono nell'ambito del nucleo familiare; perdita, privazione e preclusione che costituiscono conseguenza della lesione dell'interesse protetto» (cfr. anche Cass.,

tutto con possibili ripercussioni negative nella vita di relazione con i consociati (c.d. danno esistenziale)¹³⁶.

Vi è dunque del danno una dimensione soggettiva, riguardante il dolore interno, e un'altra oggettiva attinente al profilo relazionale (con la vittima e con i terzi) e alla qualità della vita che diviene deteriore rispetto al tempo antecedente al fatto illecito. Entrambi questi profili, in ragione del principio della integrale riparazione del danno¹³⁷, devono trovare un adeguato ristoro nell'ambito della categoria unitaria ma composita del danno non patrimoniale, attraverso la liquidazione di un'unica somma di denaro¹³⁸.

Il danno da perdita del congiunto - si aggiunga - è un pregiudizio del tutto diverso da quello alla salute, che richiede una lesione all'integrità psico-fisica della persona, suscettibile di accertamento medico-legale (artt. 138-139 d. lgs. n. 209/2005). Una lesione, questa, che non si verifica necessariamente in conseguenza della morte di un

19.5.2017, n. 12603, in *Leggi d'Italia on line*). C'è spazio anche per una ulteriore voce di danno (la terza) ove sia adeguatamente provato: è il danno esistenziale consistente nel pregiudizio alla vita di relazione del soggetto leso. Uno sconvolgimento (da provare in giudizio) di ciò che caratterizza la propria esistenza, da risarcire quale componente dell'unitario danno non patrimoniale (Cass., n. 11851/2015, e Cass., 2557/2015, entrambe in *Leggi d'Italia on line*).

¹³⁶ Cass., 19.10.2016, n. 21059, cit., afferma, riprendendo i propri precedenti, che il danno esistenziale fa riferimento «al (radicale) cambiamento di vita, all'alterazione/cambiamento della personalità del soggetto, allo sconvolgimento dell'esistenza in cui di detto aspetto (o voce) del danno non patrimoniale si coglie il significato pregnante (...), laddove un danno c.d. esistenziale risarcibile non è configurabile in presenza di un mero «sconvolgimento dell'agenda» o della mera perdita delle abitudini e dei riti propri della quotidianità della vita, e in particolare da meri disagi, fastidi, disappunti, ansie, stress o violazioni del diritto alla tranquillità (...)».

¹³⁷ G. GRISI, *Il principio dell'integrale riparazione del danno*, in *Le tutele contrattuali e il diritto europeo*, a cura di S. Mazzamuto, Napoli, 2012, 67 ss.

¹³⁸ Cass., 8.7.2014, n. 15491, in *Leggi d'Italia on line*, ribadisce che il carattere unitario della liquidazione del danno non patrimoniale impedisce di risarcire, in via autonoma, «specifiche fattispecie di sofferenza patite dalla persona (danno alla vita di relazione, danno estetico, danno esistenziale, ecc.), che costituirebbero duplicazioni risarcitorie». Ma si aggiunge che resta «fermo l'obbligo del giudice di tenere conto di tutte le peculiari modalità di atteggiarsi del danno non patrimoniale nel singolo caso, tramite l'incremento della somma dovuta a titolo risarcitorio, in sede di personalizzazione della liquidazione». Cfr. anche Cass., 23.9.2013, n. 21716, in *Leggi d'Italia on line* e Cass., 19.5.2017, n. 12603, cit., secondo cui «l'unitarietà non esclude certo una separata considerazione dei vari effetti del danno, ma esige che tutte le componenti siano valutate, sia pure una sola volta, in modo complessivo». Sul rapporto tra la categoria unitaria del danno non patrimoniale e le diverse voci di danno che la compongono cfr. A. GORGONI, *Il danno morale quale pregiudizio autonomo nella categoria del danno non patrimoniale*, in *Le corti fiorentine*, 2014, 1-3, 67 ss. ed ivi ampia bibliografia.

parente o del coniuge, ma che, tuttavia, può essere legata causalmente a quest'ultima.

Posto questo breve inquadramento e in ragione della rilevanza giuridica della filiazione di fatto, ci si deve domandare se il danno non patrimoniale, così come sopra descritto nelle sue articolazioni, possa essere risarcito anche al genitore sociale per l'uccisione del figlio del partner. Si potrebbe rispondere in modo frettoloso negativamente. Magari rilevando che è il minore di età ad avere diritto a un rapporto continuativo con il genitore sociale e non viceversa. Quale interesse giuridicamente rilevante potrebbe mai vantare l'adulto rispetto alla morte del figlio del *partner*?

Ebbene, l'interesse esiste ed è strettamente correlato alla nozione di famiglia quale situazione anche di fatto, dove la relazione tra i suoi membri concreta la dimensione più profonda della persona e la pienezza della personalità. La giurisprudenza di merito e di legittimità¹³⁹ ha giustamente riconosciuto al genitore sociale il diritto al risarcimento del danno non patrimoniale per la morte del figlio del proprio compagno o del coniuge nel caso di famiglia ricomposta.

Ciò è perfettamente in linea con quella giurisprudenza sempre di legittimità, civile e penale, che ha fondato sull'art. 2 Cost. la rilevanza del rapporto di convivenza, da intendersi quale stabile e profondo legame tra due persone, connotato da una significativa comunanza di vita e di affetti¹⁴⁰. Ma allora lo stesso fondamento deve riscontrarsi anche con riguardo alla relazione affettiva di tipo genitoriale che si è creata tra un adulto e un minore.

L'*affectio familiaris* sorto all'interno di una formazione sociale (matrimonio, convivenza *more uxorio*)¹⁴¹ ha una copertura costituzionale che

¹³⁹ Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, in www.ilcaso.it, e Cass., 21.4.2016, n. 8037, in *Fam. e dir.*, 2017, 4, 329 ss., con nota di L. LA BATTAGLIA, *Il danno non patrimoniale da perdita del figlio del partner: variazioni sul tema della famiglia di fatto*, in *Danno e resp.*, 2017, 1, 30 ss., con nota di A. GARIBOTTI, *Il risarcimento del danno da perdita del rapporto parentale nell'ambito delle famiglie ricostituite e nelle unioni civili*. È utile riportare il caso deciso dal tribunale. Una coppia di donne inizia a convivere dopo la separazione personale di una delle due, la quale aveva avuto un figlio dal proprio marito. All'inizio della nuova convivenza, il figlio della donna separata ha l'età di 5 anni. La compagna inizia a occuparsi di quest'ultimo come se fosse una seconda mamma, diventando una figura di riferimento essenziale. Poco dopo il compimento del diciottesimo anno di età, un incidente stradale stronca la vita del giovane. Ne nasce un processo in cui anche la madre sociale, oltre naturalmente alla madre biologica e giuridica, chiede alla Compagnia assicurativa e all'investitore il risarcimento del danno non patrimoniale e del danno biologico per lesione della salute.

¹⁴⁰ Cass., 21.3.2013, n. 7128, in *Leggi d'Italia on line*.

¹⁴¹ Si è già ricordato sopra Cass., 28.3.1994, n. 2988, cit., sui danni al convivente *more uxorio* superstite. Più di recente in

giustifica la risarcibilità del danno non patrimoniale qualora esso sia leso da un terzo¹⁴². Quindi, quale sviluppo coerente di questa linea, anche il legame tra il convivente e il figlio del partner è giuridicamente rilevante, ma deve atteggiarsi a legame familiare. Non è sufficiente il semplice “volersi bene”: chi assume di essere divenuto genitore sociale deve dimostrare, anche per presunzioni - afferma la Cassazione - «l’assunzione concreta (...) di tutti gli oneri e le potestà incombenti sul genitore *de iure*»¹⁴³. Deve essere inequivoco che esisteva «una relazione affettiva *stabile, duratura, risalente* e sotto ogni aspetto coincidente con quella naturalmente scaturente dalla filiazione»¹⁴⁴.

Solo in tal caso il giudice ravviserà la filiazione di fatto, tutelata dalla Costituzione in quanto legame familiare (art. 2), assimilabile al vincolo di parentela tra il genitore e il figlio¹⁴⁵.

La vita familiare poggia su una relazione caratterizzata dai predetti elementi; essa non è esaurita dal matrimonio, dalla parentela, dall’unione civile o dallo *status*. Il legislatore non ha il potere esclusivo nella costruzione della famiglia, sebbene cerchi di dare veste giuridica ai fatti intervenendo in materia. Egli, di recente, ha regolato finanche la convivenza di fatto, dandone una definizione (art. 1, co. 36, l. n. 76/2016) e prevedendo il requisito formale della dichiarazione anagrafica (art. 1, co. 37). Un requisito che, tuttavia, secondo l’interpretazione da accogliere, è non già costitutivo

ma funzionale esclusivamente alla prova della convivenza stessa. La quale sussiste in presenza dei soli requisiti oggettivi e soggettivi di cui all’art. 1 co. 36, con conseguente applicazione dei diritti previsti della legge¹⁴⁶.

È dunque il fatto relazione, dotata di certi caratteri, ad essere giuridicamente rilevante e lo era già prima della legge 76/2016 nel contesto dei principi e dei valori ordinamentali. Si ha una riprova della forza giuridica dei fatti, che la Corte EDU ha ben sottolineato ponendo al centro della vita familiare la fattualità¹⁴⁷.

Anche il genitore sociale è, pertanto, indiscutibilmente legittimato a chiedere il risarcimento del danno non patrimoniale per l’uccisione da parte di un terzo del figlio del partner (o del coniuge o del soggetto in unione civile). Egli dovrà provare che esisteva un legame profondo con la vittima, caratterizzato dall’assunzione dei medesimi doveri posti al carico del genitore giuridico¹⁴⁸.

A fronte della lesione del diritto del genitore sociale all’integrità della propria sfera affettiva, verrà liquidato il danno non patrimoniale. Nel caso deciso dal Tribunale di Reggio Emilia, la madre sociale ha ottenuto la condanna al risarcimento di euro 233.460,82, in applicazione analogica delle Tabelle del Tribunale di Milano del 2014, le quali regolamentano la liquidazione, oltre che del danno

senso conforme cfr. Cass., 16.6.2014, n. 13654, in *Foro it. on line*, cui si afferma che il convivente attore in giudizio deve provare, «con qualsiasi mezzo, l’esistenza e la durata di una comunanza di vita e di affetti e di una vicendevole assistenza morale e materiale, cioè di una relazione di convivenza avente le stesse caratteristiche di quelle dal legislatore ritenute proprie del vincolo coniugale».

¹⁴² Il Tribunale di Reggio Emilia richiama diverse sentenze penalistiche, tra cui: Cass. pen., 3.4.2012, n. 20231, che ha ammesso la costituzione di parte civile del figlio della moglie della vittima del reato; Cass. pen., 4.2.1994, n. 3790, sulla legittimazione del convivente *more uxorio* a costituirsi parte civile, avendo egli subito la lesione «del proprio diritto di libertà, nascente direttamente dalla Costituzione, alla continuazione del rapporto, diritto assoluto e tutelabile *erga omnes*, senza, perciò, interferenze da parte dei terzi». Si sottolinea in altre pronunce l’avvenuta lesione dell’integrità morale (riconducibile all’art. 2 Cost.), derivante dall’uccisione di una persona con cui si era instaurato un legame intimo di «*affectio familiaris*».

¹⁴³ Cass., 21.4.2016, n. 8037, § 1.5, cit.

¹⁴⁴ Cass., 21.4.2016, n. 8037, § 1.6, cit.

¹⁴⁵ Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, cit., trae la seguente conclusione: «Alla luce di tali oramai consolidati principi giurisprudenziali deve ritenersi che il danno da lutto possa essere astrattamente richiesto da ogni soggetto legato da un saldo e duraturo rapporto affettivo con la cd. vittima primaria, con cui vi sia comunanza di vita e di affetti». Deve perciò trattarsi, di un rapporto di tipo familiare.

¹⁴⁶ La dichiarazione anagrafica di cui all’art. 1, co. 37, l. n. 76/2016, ove sussista, è funzionale ad accertare, sotto il profilo probatorio, l’esistenza della convivenza di fatto. Spetterà, pertanto, al convenuto dimostrare che, nonostante tale dichiarazione, non siano mai esistiti i requisiti legali di esistenza della convivenza di cui all’art. 1, co. 36, l. n. 76/2016. La controprova è necessaria per impedire che l’attore (che si ritiene convivente di fatto) benefici dei diritti che il legislatore gli ha riservato (cfr. art. 1, co. 42, 44 e 65).

¹⁴⁷ Cfr. in particolare i casi *Moretti e Benedetti contro Italia e Schalk e Kopf c. Austria*, cit. I nostri giudici sono oramai consapevoli che le pronunce della Corte EDU, interpretative delle disposizioni delle Cedu, determinano spesso un innalzamento del livello di sviluppo dell’ordinamento interno con riguardo ai diritti fondamentali (Corte cost., 24.10.2007, n. 348-349; Corte cost., 4.12.2009, n. 317; Corte cost., 11.3.2011, n. 80; Corte cost., 26.1.2012, n. 15; Cass. Sez. un. civ., 17.3.2010, n. 6529, tutte in *Leggi d’Italia on line*). La giurisprudenza della Corte EDU ha certamente favorito un’interpretazione innovativa con riguardo non solo alla fattispecie dell’illecito in esame, ma anche, come già sopra rilevato, all’adozione speciale da parte di un soggetto omosessuale e alla rilevanza del rapporto tra il genitore sociale e il minore d’età nella crisi della convivenza *more uxorio*.

¹⁴⁸ Nella pronuncia del Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, cit., si dà atto che, secondo le risultanze della CTU e la prova testimoniale, la madre sociale si era comportata come fosse stata la madre genetica, tant’è che il figlio del partner aveva ammesso più volte, quando era in vita, di avere due madri. Naturalmente l’opinione del minore è importantissima per stabilire la sussistenza della vita familiare nella specie del rapporto di filiazione di fatto.





biologico, anche del danno ai parenti in caso di morte del figlio. Alla madre biologica viene, invece, risarcita una somma di importo maggiore, pari ad euro 350.191,25, in considerazione della generazione e dell'aver cresciuto da sempre, giorno dopo giorno, il proprio figlio.

Il danno, com'è noto, secondo la consolidata giurisprudenza di legittimità, deve essere provato dall'attore. Nel caso in parola, la madre biologica si è limitata ad allegare «il normale rapporto relazionale tra genitori e figlio», incombendo sul danneggiante la prova contraria idonea a vincere la sofferenza interiore e lo sconvolgimento esistenziale. Detta allegazione è funzionale all'operatività della presunzione del danno da lutto.

La madre sociale, invece, necessita, di uno sforzo probatorio maggiore riguardante quelle circostanze concrete di cui si diceva costituenti la filiazione di fatto.

Oltre al danno da perdita della relazione vi potrà essere - lo si accennava - anche un danno alla salute¹⁴⁹.

Indubbiamente la giurisprudenza qui esaminata è consonante con il sistema giuridico interno ed europeo. Il giurista, sia teorico che pratico, deve saper raccogliere la sfida della contemporaneità che, in un contesto di «normatività diffusa»¹⁵⁰, consiste nel rendere tramandabile un precedente perché prudente, sapiente e denso nella motivazione¹⁵¹.

¹⁴⁹ Trib. Reggio Emilia, 2.3.2016, cit. Entrambe le madri hanno altresì fornito la prova di un danno biologico di natura psichica; danno che, come si accennava sopra, è diverso ed ulteriore rispetto a quello per la perdita del congiunto o della relazione familiare. Alla madre biologica e alla madre sociale è stato diagnosticato un disturbo psichico cronicizzato. Di conseguenza, nella liquidazione del danno, si è tenuto conto della menomazione permanente nella misura del 15%, oltre che di un periodo per l'una e per l'altra donna di invalidità temporanea in diversa percentuale con riguardo a diversi periodi di tempo presi in considerazione. La menomazione permanente e l'invalidità temporanea che può essere al 100% per un certo tempo, diminuendo poi progressivamente, sono le due voci del danno alla salute che devono essere considerate nella quantificazione della somma da corrispondere alla vittima [cfr. art. 138 co. 2 let. a) e art. 139 co. 2 d. lgs. n. 209/2005]. Qualora i soggetti superstiti subiscano anche un danno biologico in conseguenza dell'uccisione del congiunto, si pone il problema della possibile duplicazione delle voci di danno. Nel caso deciso dal Tribunale di Reggio Emilia, nella quantificazione del danno alla salute subito dalle due madri, il giudice non ha effettuato alcuna personalizzazione dello stesso, poiché i profili esistenziali e il danno morale erano stati già valutati con riferimento al danno non patrimoniale da perdita del figlio.

¹⁵⁰ P. PERLINGIERI, *Leale collaborazione tra Corte costituzionale e Corti europee. Per un unitario sistema ordinamentale*, Napoli, 2008, *passim*.

¹⁵¹ G. VETTORI, *Controllo giudiziale del contratto ed effettività delle tutele*, in *Nuove leggi civ. comm.*, 2015, 1, 151 ss., richiama ad un'etica della responsabilità in modo che ciascuna figura professionale dia «un contributo di misura, equilibrio,

9. Dalla famiglia fondata sul matrimonio e sullo stato di figlio alla vita familiare: i parametri legali del rapporto di filiazione non genetico.

La dimensione giuridica che viviamo nel presente ha i propri segni, piccoli o grandi che siano, nel passato.

Nella letteratura di insigni giuristi del secolo scorso, fino alla fine degli anni Sessanta, emerge un dato su cui si insisteva: la famiglia è concepibile soltanto nel matrimonio¹⁵². Questa impostazione, non proprio abbandonata dalla legislazione più recente¹⁵³ ma del tutto sconfessata dall'evoluzione

prudenza. Non possiamo rincorrere l'ultima legge o l'ultima sentenza come espressione di una continua e disordinata evoluzione, senza una visione sistematica». Cfr. anche G. PASSAGNOLI, *Ancora su regole e principi: l'usurarietà sopravvenuta*, il quale insiste sull'interpretazione sistematica delle norme contro semplificazioni e abusi interpretativi come quelli che, secondo l'Autore, avrebbero riguardato la coppia buona fede-solidarietà. Il sistema giuridico, osserva cfr. N. LIPARI, *Le categorie del diritto civile*, Milano, 2013, 25 ss., deve però essere considerato un punto di arrivo dell'interpretazione («di sintesi finale tra testo e contesto», p. 34) e non un più presupposto intangibile e condizionante del ragionamento giuridico. Insiste sulla ricerca di soluzioni affidabili R. SACCO, *Prospettive della scienza giuridica civilistica agli inizi del nuovo secolo*, in *Riv. dir. civ.*, 2005, 417. Anche il filosofo del diritto A. CATANIA, *Metamorfosi del diritto. Decisione e norma nell'età globale*, cit., 50 ss., scrive di erosione del concetto di sistema quale sovrastruttura che predetermina e rende meccanico il risultato dell'interpretazione.

¹⁵² A. CICU, *La filiazione*, cit., 129 ss., afferma, in piena coerenza con il dettato normativo e con la coscienza sociale del tempo, che lo stato di figlio naturale differisce dallo stato di figlio legittimo sotto due aspetti: 1) esso non si collega ad uno stato di famiglia e 2) produce effetti più limitati. «Non si collega ad uno stato di famiglia, perché manca il matrimonio, unica fonte, nel nostro diritto della famiglia» (p. 129). C'era quindi nella società giuridica dell'epoca un nesso di interdipendenza tra matrimonio, famiglia e filiazione. Se non c'era matrimonio tra i genitori e, quindi, una famiglia, non ci poteva essere neppure una filiazione pienamente valorizzata dall'ordinamento. Questo intreccio oggi è venuto meno, perché, da un lato, la famiglia si atteggia come una situazione anche di fatto che esiste fuori dal matrimonio, dall'altro, l'introduzione del principio dell'unicità dello stato di figlio (art. 315 c.c.) elimina ogni distinzione tra i figli in dipendenza del rapporto tra i genitori. Cfr. sempre di A. CICU, *Lo spirito del diritto familiare*, Discorso inaugurale letto nell'aula magna dell'Università di Macerata il 23.11.1913, in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, II, 2012, 1593 ss., e ivi Id., *Matrimonium seminarium reipublicae*, 1765 ss. in cui spicca la concezione del matrimonio come istituto sovraordinato all'individuo e della filiazione connotata dalla subordinazione del figlio al padre.

¹⁵³ Con la legge n. 76/2016 si è tentato l'impossibile, in ragione - così mi sembra - di un'interpretazione ideologica dell'art. 29, co. 1, Cost., scollegata dall'ordinamento costituzionale ed europeo nel suo complesso: collocare l'unione civile fuori dalla famiglia. Cfr. sul punto l'analisi ineccepibile di P. ZATTI, *Introduzione al convegno Modelli familiari e nuovo diritto*, in



sociale e ordinamentale¹⁵⁴, ha reso necessario distinguere nel passato la condizione giuridica del figlio legittimo ossia nato nel matrimonio, da quella del figlio nato fuori del matrimonio, denominato dapprima illegittimo poi naturale.

L'idea della configurabilità della famiglia soltanto matrimoniale, mai messa in discussione all'incirca fino agli anni Settanta del secolo scorso¹⁵⁵, è stata temperata nei suoi riflessi deteriori sulla disciplina della filiazione naturale da quegli autori più inclini a cogliere i mutamenti giuridici, la sensibilità sociale e le esigenze politiche di quegli anni. Tra essi spiccano, forse inaspettatamente, Francesco Santoro Passarelli¹⁵⁶, ma soprattutto Michele Giorgianni e Pietro Rescigno. Sono stati in particolare questi ultimi due a mostrare, in un sistema delle fonti e di valori radicalmente diverso e muovendo dalla più persuasiva interpretazione dell'art. 30, co. 3, Cost.¹⁵⁷, l'inadeguatezza della

normativa sulla filiazione contenuta nel codice civile del 1942. Entrambi, attenti al divenire, avvertivano la necessità di parificare la posizione dei figli naturali a quella dei figli legittimi sotto il profilo sia personale (della parentela)¹⁵⁸ che patrimoniale (successorio).

Questi giuristi, capaci di cogliere le linee direttive del diritto di famiglia¹⁵⁹, ragionavano, però, di stato di figlio, la cui più ampia tutela dipendeva dal conseguimento di tale condizione, preclusa o ostacolata se si trattava di figlio extra-matrimoniale. Oggi, invece, come abbiamo constatato, il fenomeno della filiazione è decisamente più complesso, segnato da altri problemi, essendosi slegato dal matrimonio, dalla derivazione genetica e dai confini dello Stato nazionale.

Il problema non è più tanto quello di ieri, ossia di favorire la costituzione della filiazione nei confronti dei genitori biologici, così equiparando tutti i figli. Nuove aggregazione familiari, etero e omosessuali, hanno mostrato, in una rinnovata cornice normativa interna e sovranazionale, come i

Nuova giur. civ. comm., 2016, 12, 1663 ss.) e di C. IRTI, *Digressioni attorno al mutevole "concetto" di ordine pubblico*, cit., 4-6 (versione in *Leggi d'Italia on line*), che argomenta dal collegamento tra i principi di solidarietà e di uguaglianza.

¹⁵⁴ È diffusa la consapevolezza che il diritto non coincida con la legge. Ciò significa non già che l'interprete si ponga al di sopra la politica, ma che la legge ha bisogno dell'ermeneutica per svelare il suo significato e che la «vocazione ordinamentale del fatto», di cui scrive G. BENEDETTI, «*Ritorno al diritto*» ed *ermeneutica dell'effettività*», cit., 19, pone spesso sul tavolo del giurista un vasto materiale normativo. Dal quale egli, per risolvere il caso concreto, deve trarre la regola nel rispetto dei valori giuridici come emersi nel tessuto normativo ad ogni livello delle fonti del diritto.

¹⁵⁵ Innovativi sono stati i lavori monografici di G. FURIGUELE, *Libertà e famiglia*, Milano 1979 e di F. PROSPERI, *La famiglia non «fondata sul matrimonio»* (Napoli 1980), 83, il quale, sviluppando il pensiero di P. PERLINGIERI, «*La personalità umana nell'ordinamento giuridico*», Napoli, 1972, afferma la non esclusività della tutela costituzionale della famiglia legittima.

¹⁵⁶ F. SANTORO PASSARELLI, *La filiazione naturale nel progetto di codice civile*, Discorso per l'inaugurazione dell'anno accademico 1930-1931 dell'11.11.1930, in *Le prolusioni dei civilisti*, cit., 1991, ss., ha idee più moderne del suo tempo, rispetto a ciò che il legislatore andava prefigurando. Ad esempio, egli sosteneva la necessità di svincolare il rapporto di maternità dalla necessità del riconoscimento o della dichiarazione giudiziale, essendo la madre sempre certa (p. 1994) e l'opportunità dell'introduzione della ricusazione da parte del figlio sedicenne del riconoscimento tardivo (p. 1995). Come pure si lasciano apprezzare le critiche che il Maestro rivolgeva ai limiti troppo stringenti della dichiarazione giudiziale di genitorialità, alla regola del divieto delle indagini sulla paternità e alla parentela naturale che prefigurava, all'epoca, il progetto di codice civile.

¹⁵⁷ M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, Prolusione letta in un'aula dell'Università di Bologna il 19.1.1956, in *Le prolusioni dei civilisti*, Napoli, III, 2012, 2780, rileva come l'art. 30, co. 3 Cost. non possa essere interpretato quale disposizione conservativa dell'assetto ordinamentale esistente; il limite poteva operare - ad avviso del grande giurista - solo «in riferimento alla concreta famiglia legittima cui il genitore naturale appartiene». Questa interpretazione spinge

l'Autore a sostenere, ad esempio, una revisione dei limiti alla ricerca della paternità (più di tutte gli appariva insostenibile quella che interessava la filiazione adulterina). Analogamente P. RESCIGNO, *La tutela dei figli nati fuori del matrimonio*, in *Studi in memoria di L. Barassi*, 1966, 725 ss. e in *Matrimonio e famiglia. Cinquant'anni del diritto italiano*, Torino, 2000, 277 ss., in dissenso con Rosario Nicolò, contrario, invece, alla completa parificazione dei figli matrimoniali a quelli nati fuori del matrimonio.

¹⁵⁸ Michele Giorgianni era un giurista moderno, capace di guardare più lontano delle idee dei suoi tempi. Soltanto nel 2012 fa ingresso nel nostro ordinamento il principio della unicità dello stato di figlio. Ma questa data ha dietro di sé un progressivo riassetto dell'ordinamento della filiazione, che ha portato al lento e inesorabile svuotamento del limite costituzionale della compatibilità della tutela giuridica e sociale dei figli extra-matrimoniali con i diritti dei membri della famiglia legittima. Anche Santoro Passarelli, quando ragionava sulle riforme, era molto attento alle esigenze della società (al «sentimento popolare») e dell'economia (a tal proposito cfr. le pp. 1759-1780 della citata prolusione «*La filiazione naturale nel progetto di codice civile*», in cui l'illustre giurista lega il progresso della nazione al miglioramento della condizione dei figli naturali).

¹⁵⁹ In tre scritti P. RESCIGNO, *Riforma del diritto di famiglia e condizione dei minori*, *Il minore tra società e famiglia*, *Interessi, diritti, esercizio dei diritti nell'età minorile*, tutti in *Matrimonio e famiglia*, cit., 301 ss., coglie il dato nuovo sistematico della «rivalutazione del minore nella sua qualità di persona» (p. 303) rispetto all'essere stato il medesimo oggetto del potere altrui. L'illustre Autore argomenta dall'art. 147 c.c. come riscritto dalla riforma del 1975 e da tutte quelle disposizioni sparse nel codice civile e non solo che attribuivano al sedicenne o al quattordicenne il potere di interloquire su questioni che lo riguardassero. Rescigno invocava però un intervento legislativo - poi avvenuto in tempi diversi fino alla riforma 2012/2013 - che rendesse la disciplina più elastica. Oggi, infatti, oltre al dato fisso dell'età, la legge dà rilievo alla capacità di discernimento del minore.

diritti del minore (in particolare alla continuazione del rapporto e all'identità personale) sorgano non solo per effetto del conseguimento dello *status filiationis* - quest'ultimo semmai li rafforza - ma già nella relazione di fatto (o di diritto ma sulla base di uno *status* falso) con chi si è comportato come fosse genitore.

Allora si deve ammettere - è utile sottolinearlo ancora - che la definizione di vita familiare e i presupposti della filiazione non sono di esclusiva pertinenza della politica, la quale più che altro recepisce, attraverso una regolamentazione specifica o per concetti elastici (art. 8 Cedu, art. 7 Carta diritti fondamentali UE) cui l'interprete dà contenuto, sviluppi sociali e valoriali (arg. ex art. 29, co. 1, Cost. «società naturale»)¹⁶⁰. I rapporti familiari e di filiazione sorgono anche dal rapporto di fatto tra le persone, pur in assenza della parentela, del coniugio e della generazione. E quando il legame coinvolge un minore di età, vengono in rilievo i suoi diritti fondamentali alla continuità affettiva e all'identità personale, unitamente alla necessità che in ogni situazione si realizzi il suo preminente interesse¹⁶¹.

¹⁶⁰ V. SCALISI, *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi* (parte prima), cit., 1 (versione in *Leggi d'Italia on line*), parla di un diritto «in funzione sempre meno "potestativa" e progressivamente sempre più "recettiva" e servente». L'Autore interpreta inoltre l'art. 29 Cost., negando legittimità alla tesi della supremazia del modello matrimoniale (pp. 4-5). È l'interprete che lega gli indici normativi ai fatti, i quali premono e sviluppano il contenuto di questi ultimi (G. BENEDETTI, «Ritorno al diritto» ed ermeneutica dell'effettività, cit., 9, nel riprendere la tesi di Paolo Grossi adopera un'espressione eloquente: «i fatti contagiano il diritto»); un interprete, come il giudice, chiamato a comprendere i testi di legge senza «vincolo gerarchico», ma in rapporto «reciproco e funzionale» con essi (cfr. G. VETTORI, *Norme, dogmatica e sentenze: quid iuris?*, in *Persona e mercato*, 2017, 2, 77).

¹⁶¹ M. PARADISO, *Navigando nell'arcipelago familiare. Itaca non c'è*, in *Riv. dir. civ.*, 2016, 5 1306 (versione in *Leggi d'Italia on line*, p. 4), rileva come la filiazione sia il «nuovo perno del fenomeno familiare (...), elemento fondativo e principio di organizzazione di tutti i rapporti che attorno ad esso di intrecciano». Altri importanti autori hanno colto questa linea evolutiva, analizzandola da diverse angolazioni nel quadro costituzionale in rapporto al matrimonio, alla famiglia e al principio di uguaglianza, sottolineando un'applicazione del diritto più verso le esigenze dei singoli (Paradiso parla di «legge del desiderio») che del gruppo». Cfr.: F. D. BUSNELLI, *Frantumi europei di famiglia* in *Riv. dir. civ.*, 2013, 4, 767 ss.; V. SCALISI, «Famiglia» e «famiglie» in Europa, in *Riv. dir. civ.*, 2013, 1, 7 ss.; ID., *Le stagioni della famiglia nel diritto dall'unità d'Italia a oggi* (parte seconda), in *Riv. dir. civ.*, 2013, 6, 1291 ss., afferma sia che la filiazione non deve necessariamente fondarsi sul legame di derivazione genetica (p. 1313), sia - ed è una sottolineatura importante - che la giuridificazione del rapporto genitoriale dipende dall'essere esso «rispondente ai principi di sistema, in quanto conforme al dover-essere della persona, [e] dall'avere base e radice nei valori dell'ordinamento (diritto vivente o attuazione spontanea), in quanto riflesso di quella più ampia giuridicità

Ciò esige - in più occasioni come si è visto - una protezione effettiva e coerente con il contesto fattuale e normativo di riferimento. Il che ha comportato il superamento sia della diversità di sesso dei genitori quale *condicio* della filiazione, sia della preminenza - che pure ha rappresentato un progresso¹⁶² - del principio della verità dello stato di figlio. L'assenza della derivazione genetica non preclude affatto la rilevanza del rapporto di filiazione, da declinare diversamente a seconda della fattispecie in rilievo, così da individuare, come si diceva, «l'ordinamento del caso concreto»¹⁶³.

L'esistenza di un legame che sia sostanzialmente di filiazione può giustificare, come si diceva, l'adozione omosessuale - in casi particolari, piena se disposta in un altro paese, internazionale per i cittadini italiani residenti all'estero - la conservazione dello stato di figlio (falso) o del rapporto tra il minore di età e l'ex convivente che abbia assunto il ruolo di genitore sociale e il risarcimento del danno in ragione dell'uccisione del figlio del partner (o del coniuge o del soggetto in unione civile).

Diventa allora decisivo stabilire i parametri in forza dei quali il giudice possa ritenere esistente e giuridicamente rilevante il rapporto di filiazione. Sebbene non vi sia un'unica disposizione che contenga la risposta, il dettato legislativo non è muto al riguardo. Come pure indicazioni preziose sono presenti nella giurisprudenza sia interna che della Corte EDU.

Un primo parametro da accertare è la *significatività del legame*. L'art. 1 l. n. 173/2015 stabilisce che il giudice, nel valutare la domanda di adozione proveniente dalla coppia affidataria

sociale originaria, costituente espressione diacronica del concreto e reale strutturarsi storico-sociale della esperienza di vita dei consociati» (p. 1316).

¹⁶² M. GIORGIANNI, *Problemi attuali di diritto familiare*, cit. 2787, è stato incisivo nel dimostrare come negli anni Cinquanta del secolo scorso il *favor legitimitatis* - ampiamente superato com'è noto dalla riforma del 1975 e da una serie di pronunce successive della Consulta - poneva «gravi interrogativi alla coscienza del giudice». Se un eccesso di verità legale veniva visto nei suoi risvolti negativi, anche il fenomeno opposto ha mostrato i suoi limiti: una netta prevalenza della verità reale poteva essa risultare incongrua in talune fattispecie concrete. E il legislatore della riforma 2012/2013 si è dimostrato consapevole, anche se non ha risolto tutti problemi, di questa nuova problematica della filiazione.

¹⁶³ P. PERLINGIERI, *Complessità e unitarietà dell'ordinamento giuridico vigente*, cit., 14, reputa che la complessità e l'unitarietà siano due concetti connotanti l'ordinamento giuridico, nient'affatto in opposizione tra loro. Ciascun caso ha, dunque, il suo ordinamento unico, la sua norma, che l'interprete ricostruisce, talvolta faticosamente, nella trama gerarchica e reticolare delle fonti del diritto. Anche le normative dell'Unione europea e internazionale - lo sottolinea l'Autore - fanno parte dell'unità dell'ordinamento.



titolare dei requisiti di cui all'art. 6 l. n. 184/1983, «tiene conto dei *legami affettivi significativi*» con il minore. Rileva perciò l'importanza assunta dagli adulti per il benessere fisico-psichico del minore.

La qualità del legame, come già rilevato, è un criterio valorizzato in diverse fattispecie dalla giurisprudenza interna¹⁶⁴ e dalla Corte EDU, qualora vi sia stata la condivisione delle più importanti tappe di vita dell'infante e ove risulti un buon inserimento del medesimo nella famiglia di accoglienza¹⁶⁵.

Il secondo parametro è quasi uno sviluppo del primo. Consiste nell'assunzione da parte delle figure genitoriali di tutti i relativi *doveri previsti dall'ordinamento* (art. 30, co. 1, Cost. e art. 147 c.c.); doveri funzionali all'attuazione dei diritti del nato (art. 315-bis c.c. e art. 24 Carta dei diritti fondamentali dell'UE). Non è sufficiente, quindi, dimostrare un legame affettivo importante con il minore, situazione questa giuridicamente rilevante anche nei riguardi degli altri parenti (art. 315-bis co. 2 c.c. e art. 337-ter, co. 1, ultima parte c.c.). Il genitore è una figura non solo affettivamente legata al proprio figlio, ma altresì tenuta ad assolvere a dei doveri. Non è un caso che l'art. 1 della legge n. 173/2015 preveda che il tribunale, nel valutare la domanda di adozione da parte della famiglia affidataria, debba tener conto oltre che dei «legami affettivi significativi» anche «del rapporto stabile e duraturo consolidatosi tra il minore e la famiglia affidataria».

Affettività, stabilità e durata del rapporto di filiazione portano inevitabilmente con loro l'assunzione dei doveri genitoriali. Nella sostanza, in siffatta situazione di fatto o di diritto, il giudice riconoscerà l'esistenza della figura genitoriale a prescindere dalla derivazione genetica, dalla sessualità dei genitori e, soprattutto nelle fattispecie provenienti da un altro paese, dal rispetto o meno di una norma di diritto interno che vieti una determinata tecnica di procreazione medicalmente assistita¹⁶⁶. L'attuazione dei diritti fondamentali del minore e del suo interesse non può essere svilita da

un divieto, posto da una fonte subordinata, di una tecnica di procreazione medicalmente assistita.

Sul rilievo del parametro della durata del rapporto di filiazione insiste la Corte EDU, sottolineando due aspetti. Anzitutto si afferma che «sarebbe certamente poco opportuno definire una durata minima della convivenza necessaria per costituire una vita familiare *de facto*, [poiché] la valutazione di ogni situazione deve tener conto della qualità del legame e delle circostanze di ciascun caso». Inoltre, come già emerge da quest'affermazione, il parametro della durata non può essere scisso dagli altri due sopra riportati.

Quest'orientamento ci consente di valorizzare maggiormente quelle disposizioni di diritto interno che danno rilievo alla durata della convivenza come genitore e figlio. Gli artt. 244, co. 4 e 263, co. 3 e 4 c.c., da un lato, e l'art. 1 l. n. 173/2015, dall'altro, palesano, sia pur con riguardo a problematiche diverse ma unite dall'interesse del minore a conservare il legame con le figure genitoriali di riferimento, l'importanza del fattore temporale nella fattispecie della filiazione. L'art. 1 l. n. 173/2015, diversamente dagli articoli del codice civile, non predetermina un lasso di tempo, ma sottolinea la necessità che il rapporto tra il minore e la famiglia affidataria debba essere, ai fini dell'adozione da parte di quest'ultima, «duraturo»¹⁶⁷.

Quanto detto fin qui induce a prendere atto che discorrere di un fondamento della filiazione preminente o sostenere una tendenziale indissociabilità tra parto e procreazione è sterile. Come pure è discutibile ritenere che i genitori debbano essere necessariamente di sesso diverso in forza di un principio di ordine pubblico che avrebbe una base inequivoca nella Costituzione. Piuttosto l'evoluzione normativa e giurisprudenziale - sebbene per qualcuno possa essere un'involuzione - mostra chiaramente come la filiazione nasca anche dal rapporto di tipo genitoriale in mancanza sia della derivazione genetica sia della diversità di sesso dei genitori.

Muta allora, rispetto al passato, l'ordine pubblico della filiazione, il quale è in grado di recepire la genitorialità omosessuale, di dare rilevanza alla figura del genitore sociale¹⁶⁸ e di aprire l'ordinamento al riconoscimento di provvedimenti e atti stranieri in cui lo stato di figlio

¹⁶⁴ Cfr.: Corte cost., n. 225/2016, cit. e Trib. Palermo decr., 6.4.2015, cit. sulla rilevanza del c.d. genitore sociale; Cass. n. 12962/2016, cit., sull'adozione omosessuale in casi particolari; Trib. Roma, ord. 8.8.2014, cit. sullo scambio di embrioni e Cass., n. 19599/2016, cit., sul riconoscimento in Italia di un atto di nascita regolarmente formato in un altro paese da cui risultino due genitori dello stesso.

¹⁶⁵ Corte EDU-Grande Camera, 24.1.2017, *caso Paradiso e Campanelli c. Italia*, cit.

¹⁶⁶ G. FERRANDO, *Ordine pubblico e interesse del minore nella circolazione degli status filiationis*, cit., 8 (versione in *Leggi d'Italia on line*), afferma che, nelle fattispecie qui prese in esame, il fondamento della filiazione possa risiedere anche nella sola assunzione di responsabilità verso il nato.

¹⁶⁷ R. SENIGAGLIA, *Genitorialità tra biologia e volontà, tra fatto e diritto, essere e dover-essere*, cit. (in corso di pubblicazione), individua e considera rilevanti tutte le circostanze sopra indicate, ma soltanto quali indici presuntivi dell'esistenza di un gruppo familiare» e non di un rapporto di filiazione.

¹⁶⁸ P. FEMIA, *Dichiarazioni d'amore. Fattispecie e convivenza tra matrimonio e unioni civili*, cit., 281, insiste sul valore dell'affettività, amputata spesso ingiustificatamente dall'autorità attraverso lo strumento del diritto.

non sia basato sulla derivazione genetica né sulla coincidenza tra parto e procreazione.